

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CINTIA ANIELI DOS SANTOS

**A (IN)COMPATIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA  
JURÍDICA NOS MARCOS DO DIREITO PENAL LIBERAL:  
UMA ANÁLISE DESDE A CULPABILIDADE**

FLORIANÓPOLIS

2020

CINTIA ANIELI DOS SANTOS

**A (IN)COMPATIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA  
JURÍDICA NOS MARCOS DO DIREITO PENAL LIBERAL:  
UMA ANÁLISE DESDE A CULPABILIDADE**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito  
do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de  
Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de  
Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Chiavelli Fazenda Falavigno

FLORIANÓPOLIS

2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Santos, Cintia Anieli dos

A (in)compatibilidade da responsabilização penal da  
pessoa jurídica nos marcos do direito penal liberal : Uma  
análise desde a culpabilidade / Cintia Anieli dos Santos ;  
orientador, Chiavelli Fazenda Falavigno , 2020.

94 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Responsabilidade penal da pessoa  
jurídica. 3. Culpabilidade. 4. Direito penal liberal. I. ,  
Chiavelli Fazenda Falavigno. II. Universidade Federal de  
Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

CINTIA ANIELI DOS SANTOS

**A (IN)COMPATIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA  
JURÍDICA NOS MARCOS DO DIREITO PENAL LIBERAL: UMA ANÁLISE DESDE A  
CULPABILIDADE**

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharela em Direito” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 07 de dezembro de 2020.

---

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Profa. Dra. Chiavelli Fazenda Falavigno  
Orientadora  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro  
Avaliador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Profa. Ma. Daniela Queila dos Santos Bornin  
Avaliadora  
Universidade do Vale do Itajaí

Este trabalho é dedicado a meus pais,  
a quem amo desde quando minha memória consegue alcançar.

## RESUMO

A presente monografia tem como objetivo a análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica desde a culpabilidade, elemento da teoria do delito, submetendo o mencionado instituto às limitações dogmáticas do direito penal liberal, como garantia de seu exercício, em tese, mais racionalizado. O método utilizado será o dedutivo e, através de revisão bibliográfica, serão apresentados, em um primeiro momento, a abordagem da natureza da pessoa jurídica e o panorama de aplicação do instituto na legislação comparada, em países de tradição *civil law* e *commom law*, assim como as questões dogmáticas e de política criminal que influenciam no debate sobre a adoção ou não da responsabilização do ente coletivo. Além disso, será tratada a discussão acerca da constitucionalidade do instituto e a sistemática brasileira imposta pela lei de crimes ambientais quanto ao tema. No segundo capítulo, o trabalho versará sobre o desenvolvimento do conceito de culpabilidade, as definições materiais elaboradas dentro da concepção de culpabilidade normativa e o questionamento sobre a compatibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica com a construção do conceito tradicional de culpabilidade. Por fim, são apontadas construções teóricas de modelos de culpabilidade que buscam conformar a responsabilização criminal da pessoa jurídica à dogmática do direito penal, as críticas a essas construções e como os tribunais superiores vêm tratando do assunto na jurisprudência. Assim, diante da análise de como o direito penal tem atravessado mudanças impulsionadas pela busca da tutela de novos bens jurídicos e como resposta à suposta finalidade político criminal, permitirá a conclusão pela impossibilidade do reconhecimento do instituto no direito penal liberal, pois implica na flexibilização das regras de imputação, portanto, de princípios e relativização de categorias.

**Palavras-chave:** Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Culpabilidade. Direito penal liberal.

## RESUMEN

El propósito de esta monografía es analizar la responsabilidad de la persona jurídica desde la culpabilidad, elemento de la teoría del delito, sometiendo al citado instituto a las limitaciones dogmáticas del derecho penal liberal, como garantía de su ejercicio, en teoría, más racionalizado. Se utilizará el método deductivo y, por medio de revisión bibliográfica, se presentarán, en un primer momento, la naturaleza de la persona jurídica y el panorama de aplicación del instituto en la legislación comparada, en países de tradición *civil law* y *commom law*, así como las cuestiones dogmáticas y de política criminal que inciden en el debate sobre la adopción o no de la responsabilidad colectiva. Además, se tratará la discusión sobre la constitucionalidad del instituto y la sistemática brasileña impuesta por la ley de delitos ambientales sobre el tema. En el segundo capítulo, el trabajo abordará el desarrollo del concepto de culpabilidad, las definiciones materiales elaboradas dentro del concepto de culpabilidad normativa y el cuestionamiento sobre la compatibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica con la construcción del concepto tradicional de culpabilidad. Finalmente, se señalan las construcciones teóricas de modelos de culpabilidad que buscan adecuar la responsabilidad penal de la persona jurídica a la dogmática del derecho penal, las críticas a estas construcciones y cómo los tribunales superiores han tratado el tema en la jurisprudencia. Así, dado el análisis de cómo el derecho penal ha sufrido cambios impulsados por la búsqueda de protección de nuevos bienes jurídicos y en respuesta a la supuesta finalidad política criminal, permitirá concluir que el instituto no puede ser reconocido en el derecho penal liberal, porque implica en flexibilización de las reglas imputación y, por tanto, de principios, y relativización de categorías.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal de la persona jurídica. Culpabilidad. Derecho penal liberal.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 PANORAMA DA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E NO BRASIL, QUESTÕES DE POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA.....</b>	<b>12</b>
2.1 TEORIAS SOBRE A NATUREZA DA PESSOA JURÍDICA .....	12
2.2 TENDÊNCIAS EXPANSIONISTAS DO DIREITO PENAL E CRÍTICAS À RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UM EMBATE ENTRE POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA.....	14
2.2.1 Questões político criminais e dogmáticas favoráveis à responsabilidade dos entes coletivos .....	17
2.2.2 Objeções dogmáticas à responsabilidade penal da pessoa jurídica .....	22
2.3 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA .....	25
2.3.1 Reino Unido.....	26
2.3.2 Estados Unidos.....	28
2.3.3 Alemanha.....	29
2.3.4 França.....	30
2.3.5 Itália .....	32
2.3.6 Espanha .....	33
2.3.7 China.....	35
2.3.8 Cuba.....	36
2.3.9 México.....	37
2.3.10 Argentina.....	37
2.4 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	38
2.4.1 O debate sobre a constitucionalidade da responsabilidade penal coletiva.....	38
2.4.2 A Lei de Crimes Ambientais e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	41
<b>3 SITUANDO A CULPABILIDADE.....</b>	<b>44</b>
3.1 DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE .....	45
3.1.1 Conceito psicológico de culpabilidade .....	46
3.1.2 Conceito psicológico-normativo de culpabilidade (normativo-complexa) .....	48
3.1.3 Conceito normativo de culpabilidade (normativa pura, extrema ou estrita) .....	50
3.2 DEFINIÇÕES MATERIAIS DO CONCEITO NORMATIVO DE CULPABILIDADE .....	51

3.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS (IMPUTABILIDADE, CONSCIÊNCIA DE ILICITUDE, EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA).....	54
<b>3.3.1 Capacidade de culpabilidade.....</b>	<b>54</b>
<b>3.3.2 Conhecimento do injusto .....</b>	<b>55</b>
<b>3.3.3 Exigibilidade de conduta diversa .....</b>	<b>56</b>
3.4 ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO TRADICIONAL DE CULPABILIDADE APLICADO ÀS PESSOAS JURÍDICAS .....	58
<b>4 A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA PERANTE A CULPABILIDADE.....</b>	<b>60</b>
4.1 MODELOS TEÓRICOS DE CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA .....	60
4.1.1 A culpabilidade pela consciência especial – A posição de Ernst Hafter .....	62
4.1.2. A culpabilidade pelo espírito normativo da pessoa jurídica - A posição de Busch .....	63
4.1.3 A culpabilidade pela organização - A posição de Klaus Tiedemann .....	63
4.1.4. A culpabilidade funcional do órgão – A posição de Hans-Jürgen Schroth.....	65
4.1.5. A culpabilidade corporativa e a evitabilidade – A posição de Hans Joachim Hirsch .....	66
4.1.6 A culpabilidade pela condução empresarial - A posição de Gunther Heine.....	67
4.1.7 A culpabilidade pelo caráter empresarial - A posição de Ernst-Joachim Lampe.....	69
4.1.8. A culpabilidade pela reprovabilidade ético-social - A posição de Christoph Dannecker .....	70
4.1.9 A culpabilidade pela constatação do comportamento empresarial pós-delitivo ( <i>reactive corporate fault</i> ) – A posição de Brent Fisse e John Braithwaite .....	71
4.1.10. A culpabilidade construtivista - A posição de Carlos Gómez-Jara Díez.....	71
4.1.11 A culpabilidade empresarial como déficit de autorregulação permanente - A posição de Adan Nieto Martín .....	73
4.2 CRÍTICAS ÀS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS DA CULPABILIDADE EMPRESARIAL..	74
4.3 A CONSTRUÇÃO DA CULPABILIDADE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES .....	76
4.4 A NECESSIDADE DE UM OUTRO DIREITO PENAL PARA A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA?.....	80
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>89</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em vista do aprofundamento da crise ecológica, tendo o Brasil, inclusive, como país central no cenário de degradação ambiental, e a ordem dessa pauta nas agendas políticas, assim como diante dos novos danos e riscos aos quais estamos submetidos na caracterizada “sociedade de risco”, em que há premente necessidade social de controle, não é exceção que o direito, especialmente o direito penal, seja manejado de forma a desempenhar papel central na tentativa de proteção de novos bens jurídicos.

Dentro do cunhado direito penal moderno, que se desenvolve também junto aos crimes financeiros, tributários e contra a ordem econômica, a legislação brasileira tem tentado dar respostas às problemáticas ambientais enfrentadas através da tutela do bem jurídico meio ambiente. Nesse contexto de desafios à proteção ambiental e na permanência do direito penal como resposta prioritária à proteção de bens jurídicos, está inserida a Lei de crimes ambientais (Lei 9.605/1998), que aporta institutos e instrumentos ainda polêmicos dentro da doutrina nacional.

Em que pese a dogmática penal crítica já tenha apontado a pouca efetividade do direito penal como mecanismo de prevenção ou proteção ambiental, reconhecendo o uso simbólico em que este está implicado<sup>1</sup>, o presente trabalho tem como objetivo investigar, entre os temas controvertidos estabelecidos pela Lei de Crimes Ambientais, se o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra respaldo nas construções teóricas realizadas pela dogmática acerca do elemento culpabilidade, estruturante da teoria do delito. Para tanto, o instituto da responsabilização criminal dos entes coletivos será submetido às limitações dogmáticas do direito penal, como garantia de seu exercício, em tese, mais racionalizado.

Diante da complexa realidade social contemporânea, com a ampla participação e protagonismo dos entes coletivos nas relações sociais, a produção legislativa, notadamente em termos de política criminal, é pautada em tentativas de reelaborar estruturas da teoria do delito e de outros elementos da dogmática, a fim de expandir o escopo de atuação do sistema de justiça criminal na proteção de bens jurídicos. No contexto brasileiro, uma das expressões desse fenômeno é a mencionada Lei n. 9605/98.

Não obstante, a doutrina penal tem colocado sob questionamento tais elaborações e expansões, entre estas a direcionada à responsabilização penal da pessoa jurídica e a incompatibilização com as evoluções estruturais na teoria do delito, que passou a reconhecer as capacidades cognitivas e volitivas da pessoa física através do elemento da culpabilidade. Deste

---

<sup>1</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito.** 255 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Penal, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

modo, os limites dessa teoria à responsabilização penal foram assentadas em aptidões pertencentes ao ser humano, cujas regras de imputação caracterizam a responsabilidade subjetiva.

A responsabilização penal da pessoa jurídica se revela como um instituto sobre o qual a discussão se organiza nas frentes da dogmática e da política criminal. Por um lado, a dogmática tem resistido às modificações que a admissão dessa forma de responsabilização impõe, como a flexibilização de conceitos fundamentais do direito penal, tais como (e especialmente) os conceitos de ação e culpa. Em outro sentido caminham os defensores, que reiteram que a realidade da participação dos entes coletivos exige essas modificações, na busca de uma regulação penal das atividades dos entes coletivos.

Ao considerar o elemento psicológico, o ingresso da culpabilidade na estrutura da teoria do delito superou a concepção que entendia como suficiente o nexos objetivo entre ação e resultado para imposição de pena criminal. As recentes preocupações doutrinárias no que diz respeito à responsabilidade penal da pessoa jurídica têm se dirigido aos entraves que impedem um correto juízo de imputação criminal, quando da tentativa de sua compatibilização com a culpabilidade, uma vez que esta última centra seu conceito tradicional no pressuposto da valoração do subjetivo.

De outra parte, os adeptos do reconhecimento do instituto sustentam que os entes coletivos possuem vontade própria, devendo estar sujeitos à responsabilização penal através de um juízo de culpabilidade adequado à sua natureza.

Assim, observando as limitações do direito penal liberal minimalista, fragmentário e de natureza garantista, à expansão do sistema punitivo, alguns preceitos dogmáticos são desfigurados para adaptarem o atual estágio de convivência social e os fenômenos implicados à égide de novas doutrinas ascendentes no âmbito do moderno direito penal. Frente à relevância da questão, buscou-se modestamente contribuir com as reflexões esboçadas no espaço das linhas que seguem.

## **2 PANORAMA DA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E NO BRASIL, QUESTÕES DE POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA**

### **2.1 TEORIAS SOBRE A NATUREZA DA PESSOA JURÍDICA**

Antes de adentrar à análise do instituto da responsabilidade penal dos entes coletivos, importa que sejam apresentadas as teorias elaboradas a fim de explicar a natureza da pessoa jurídica. Numerosas teorias foram desenvolvidas a respeito, entre as mais relevantes, iremos discorrer acerca das teorias da ficção e da realidade.

Acerca das teorias da ficção, podem ser agrupadas neste grupo as que negam a existência real da pessoa jurídica, concebendo esta última como ente fictício.

Segundo essa concepção doutrinária, Pereira<sup>2</sup> discorre que

o direito concebe a pessoa jurídica como uma criação artificial, engendrada pela mente humana, e cuja existência, por isso mesmo, é simplesmente uma ficção. Nas sociedades ou associações de pessoas, a lei abstrai--se dos membros componentes, e, fingindo que o seu conjunto é em si mesmo uma pessoa diferente deles, atribui--lhe a aparência de sujeito de direito. Nas fundações, o direito concede-lhes poder análogo ao atribuído à vontade humana, e admite, por ficção, que este ente pensa e quer. Não tendo a pessoa jurídica existência real, o legislador pode--lhe conceder ou recusar personalidade, segundo lhe pareça ou não conveniente, como pode retirar--lhe esse atributo, de vez que os entes morais não passam de um processo jurídico de realização de fins úteis ao ser humano.

Em contraposição à teoria da ficção, foram desenvolvidas ideias que, colocadas a uma só linha, têm como substrato a realidade do ente coletivo, e, portanto, formam parte da teoria realista ou teoria da realidade.

Na abordagem desta segunda percepção, a concepção inicial é de que a ordem jurídica considera os entes coletivos como dotados de existência própria ou autônoma, que não se confunde com a das pessoas naturais responsáveis pela sua criação. A pessoa jurídica tem uma personalidade real.

Diferente das pessoas naturais, e até em oposição a essas, o direito permite a estas entidades sua atuação no campo jurídico, reconhece sua existência, prevê a faculdade de adquirir direitos e contrair obrigações, assegura o exercício dos direitos subjetivos.

Realizando os interesses humanos ou as finalidades sociais que se propõem, as pessoas jurídicas procedem, no campo do direito, como seres dotados de ostensiva autonomia. É preciso, então, reconhecer-lhes vontade própria, que se manifesta através das emissões volitivas das pessoas naturais, mas que não se confunde com a vontade individual de cada um, porém é a resultante das de todos.<sup>3</sup>

Desse modo, a teoria da realidade entende que a vontade do ente coletivo é distinta da vontade individual dos membros componentes; seu patrimônio, constituído pela afetação de bens, ou pelos esforços dos criadores ou associados, é diverso do patrimônio destes e sua capacidade, limitada à consecução de seus fins pelo fenômeno da especialização.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, sob influência da dogmática penalista, apesar da adoção majoritária dos civilistas à teoria da realidade, vigorou o brocardo *societas delinquere non*

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: teoria geral de direito civil. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 254.

<sup>3</sup> Ibidem. p. 258.

*potest*. Entretanto, ao final do século XX, abriu-se espaço ao surgimento da responsabilidade penal coletiva.<sup>4</sup>

Nos sistemas de *civil law*, o advento do Direito econômico moderno motivou a exceção ao dogma “*societas delinquere non potest*”. Assim, na Europa continental, percebe-se o direcionamento em relação às matérias de ordem tributária, aduaneira e de livre concorrência. Além desta, percebe-se a influência da tradição jurídica anglo-saxã no restante do território europeu, em virtude do chamado “direito de ocupação” após a Segunda Guerra Mundial, o que levou alguns tribunais, na década de cinquenta, a impor sanções penais às pessoas jurídicas com fundamento em princípios derivados do direito anglo-saxônico.<sup>5</sup>

De toda forma, não se chegou à consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sobretudo com base no argumento da incapacidade de ação do ente coletivo. Entretanto, o discurso político criminal percebeu a retomada do poderio das empresas e seu protagonismo em novas formas de criminalidade, que vem influenciando normas de Direito Internacional e legislações dos mais diversos países.<sup>6</sup> Atualmente, a doutrina majoritária entende que as pessoas jurídicas não são mera ficção, mas que possuem realidade própria, embora totalmente diversa das pessoas naturais.

7

## 2.2 TENDÊNCIAS EXPANSIONISTAS DO DIREITO PENAL E CRÍTICAS À RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UM EMBATE ENTRE POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA

O direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Como instrumento de controle social, exercido sob o monopólio do Estado, as suas relações devem ser desempenhadas de acordo com normas estabelecidas a partir de um sistema democrático.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 961, p. 1-18, nov. 2015. p. 3.

<sup>5</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 21.

<sup>6</sup> *Ibidem*. p. 22.

<sup>7</sup> PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 129-162. p. 131.

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37.

Partindo da extrema impossibilidade de racionalização do direito penal,<sup>9</sup> a dogmática penal tem poderes transformadores muito limitados. Porém, sua única virtude está em sua sistematização, “derivada da tentativa de concretizar seu simbolismo em elementos sensíveis os quais induzem a necessidade de ultrapassar seus limites por meio de uma crítica de suas estruturas”.<sup>10</sup>

Não obstante, tem sido frequente neste campo de estudo a identificação do surgimento de um direito penal moderno,<sup>11</sup> que se apresenta em contraposição ao direito penal liberal, manifestando desafios aos juristas.

Conforme expõem Budó e Falavigno,<sup>12</sup>

Em geral, a análise desse novo direito penal se inicia com a referência a uma transformação social fundamental. As mudanças na economia, na política, na ciência e nas comunicações estariam provocando o surgimento de uma macrocriminalidade, a qual teria como consequência a exposição a perigo ou a lesão de grandes e irreversíveis proporções a bens jurídicos supraindividuais. Trata-se da chamada sociedade de risco, tratada por Ulrich Beck, entre outros autores. Uma das consequências de dita sociedade seria a criação de riscos, sobremaneira ambientais, inerentes ao próprio progresso industrial e tecnológico. Tais riscos, no entanto, fugiriam do controle dos próprios meios desenvolvidos pela escalada industrial, gerando um ambiente de instabilidade e de busca por segurança e mitigação, o que torna o cenário propício a propostas oportunistas de criminalização.

Entre as questões que estão além das relacionadas às propostas de criminalização, apresentam-se os desafios referentes às garantias penais, aos princípios da legalidade, formal e material, a multiplicação de tipo abertos e vagos, normas penais em branco<sup>13</sup>, a utilização da assessoriedade<sup>14</sup>, a formulação de crimes de perigo abstrato, a análise de formas de autoria que se

<sup>9</sup> “Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a consequente legitimidade do sistema penal tornaram-se ‘utópicas’ e ‘atemporais’: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 19.

<sup>10</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 12.

<sup>11</sup> “Essas alterações, denominadas, por vezes, modernização do direito pena, por outras, expansão ou ainda administrativização do direito penal trouxeram novos fenômenos – ou conferiram diferente tratamento a matérias já abrangidas – para o âmbito do direito penal, dentre eles a proteção dos chamados interesses difusos, esmaecendo o conteúdo do conceito de bem jurídico”. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. 255 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Penal, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 3.

<sup>12</sup> BUDÓ, Marília de Nardin; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A tutela penal do meio ambiente: discussões criminológicas e dogmáticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim 163, São Paulo, p.311-344, 03 out. 2019. p. 321.

<sup>13</sup> Sobre a temática: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A Deslegalização do Direito Penal**: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: Emais Editora & Livraria Jurídica, 2020.

<sup>14</sup> Conforme a autora assevera, “a grafia do termo com dois esses se dá pela aderência à corrente de pensamento que trabalha com a ideia de que o direito penal assessora o direito administrativo. Sabe-se, no entanto, da existência da corrente que entende pela grafia ‘acessoriedade’, de acordo com o entendimento de que o direito penal seria apenas um acessório à tutela administrativa.” BUDÓ, Marília de Nardin; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A tutela penal do meio ambiente: discussões criminológicas e dogmáticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim 163, São Paulo, 03 out. 2019. p.311-344.

aproximam da responsabilidade penal objetiva, assim como pela ocorrência de erros de proibição decorrentes do excesso de acessoriedade, e a lesão ao princípio da culpabilidade, pelo reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.<sup>15</sup>

Silva Sánchez, ao tratar sobre a expansão do direito penal, refere que

No es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios políticsocriminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión».<sup>16</sup>

Apesar de não negar que muitas vezes a expansão é resultado de uma “espécie de perversidade do aparato estatal”, o uso do direito penal no plano simbólico, o autor acredita que as causas devem ser buscadas além da política e mais profundamente no atual modelo social, que apresenta uma crescente demanda por maior proteção, que tem se refletido irracionalmente como uma demanda por punição.<sup>17</sup>

Na exposição das prováveis causas de expansão do direito penal, em síntese, Silva Sánchez menciona aspectos objetivos e subjetivos. Entre os primeiros estariam os avanços tecnológicos e as ameaças por ele representadas, a complexificação de nossa sociedade, a crise do modelo de Estado de bem-estar social e o aumento da chamada criminalidade de rua. Em relação aos aspectos subjetivos, seriam principalmente a contínua aceleração de nossa sociedade, que gera dificuldades de orientação cognitiva e o modo de agir dos meios de comunicação, como agente multiplicador dos ilícitos e das catástrofes.<sup>18</sup>

Outros aspectos mencionados são o descrédito nas instâncias de proteção, os gestores atípicos da moral, a política-criminal social-democrata na Europa, assim como desprezo pela formalidade. Todas motivações multiplicadas pelos processos de globalização e de integração supranacional, o que resultaria em um direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, com a flexibilização de princípios e relativização de categorias.<sup>19</sup>

Dessa forma, a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica aparece como um mecanismo de política criminal inserido no contexto de expansão do direito penal a partir do final

<sup>15</sup> BUDÓ, Marília de Nardin; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A tutela penal do meio ambiente: discussões criminológicas e dogmáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*: RBCCrim 163, São Paulo, p.311-344, 03 out. 2019. p. 324.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 20.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Ibidem. p. 22-41.

<sup>19</sup> Ibidem. p. 81.

do século XX, como resposta aos “dilemas” das sociedades pós-industriais, como o efetivo aparecimento de novos riscos, a sensação de insegurança e o descrédito em outras instâncias de proteção.

A expansão punitiva não se dirige apenas à criação de novos tipos penais, correspondentes a novos bens jurídicos, mas também fere certos axiomas do direito penal liberal, como as regras de imputação resumidas no brocardo *societas delinquere non potest*.<sup>20</sup>

Dada a reflexão acerca do processo de expansão no qual esse ramo do direito se encontra inserido, importa lembrar o que nos ensina Juarez Tavares: “à medida que o direito penal, como saber, se flexibiliza cada vez mais, cresce a importância de fazê-lo se reencontrar com a realidade humana, única forma que lhe resta de não sucumbir às próprias contradições e nem às crenças em sua magnitude civilizatória”<sup>21</sup>.

Cabe agora analisar os argumentos levantados em defesa da admissão e em oposição à responsabilidade penal da pessoa jurídica, em termos de política criminal ou dogmática, especialmente no que concerne à culpabilidade como tema.

### **2.2.1 Questões político criminais e dogmáticas favoráveis à responsabilidade dos entes coletivos**

O pano de fundo da discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos cenários nacional e internacional, tem se caracterizado pelo aumento das demandas por regulação e tratamento de problemáticas ligadas aos crimes econômicos, de corrupção, lavagem de dinheiro, lesão ao meio ambiente, assim como pelo papel de protagonismo que desempenham as organizações empresariais nessas práticas.

Em um contexto em que os entes coletivos têm ganhado notoriedade e importância nas sociedades pós-industriais, o direito penal e a criminologia têm se debruçado sobre estes tipos de organizações como suscetíveis de provocar ou favorecer a prática de ilícitos.

É notável que o direito penal é comumente o instrumento chamado para o combate de tais atividades irregulares. A questão fundamental do que se entende por política criminal é manejada em relação às justificativas e objetivos almejados com a responsabilização penal da pessoa

---

<sup>20</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 961, p. 1-18, nov. 2015. p. 3.

<sup>21</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 12.

jurídica, que devem ser distintos da responsabilidade individual e como o sistema penal deve se estruturar para atingir esses objetivos.<sup>22</sup>

A admissão do instituto tem se apoiado, majoritariamente, em argumentos de política criminal e, na pesquisa realizada por Barbosa<sup>23</sup>, são identificadas como justificativas para o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica o protagonismo das empresas nas relações sociais e em novas formas de criminalidade, a estrutura empresarial como facilitadora de crimes, a autorregulação como estratégia do Estado em face do aumento do poder empresarial e as deficiências dogmáticas presentes na responsabilização individual por delitos praticados na estrutura empresarial, assim como a visão sobre admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica como expressão de proteção da pessoa humana.

O primeiro e principal argumento levantado está relacionado à relevância do papel da empresa na sociedade moderna, que adquire relevo por implicar na conjugação de fatores de produção e especialização das atividades, cuja persecução de um fim lucrativo orienta o desenvolvimento das atividades, para o qual a empresa surge como instrumento de congregação de fatores em busca de uma maior eficiência para a consecução de seus objetivos econômicos. A empresa é o espaço/atividade em que “há a percepção de que a conjunção de elementos humanos e econômicos potencializa a ação no bojo social e o alcance dos objetivos de lucro”<sup>24</sup>.

Contudo, o encaminhamento dessas estruturas coletivas vai se especializando e alcançando organização complexa de forma que o componente humano considerado individualmente acaba se diluindo no entramado organizativo de formas agigantadas.

Aliás, a percepção da eficiência do coletivo e a abstração do individual têm apontado, também, para dois fenômenos comuns nos dias de hoje: o constante recurso a tipos societários anônimos e a formação de grupos econômicos. A adoção do mencionado modelo societário é recorrente por permitir a coisificação da posição acionária (ou seja, destituí-la de identificação pessoal) e sua circulação como mercadoria; por outro lado, a formação de grupos econômicos, seja de fato, de direito ou mesmo consórcios, revela a conjunção não apenas de indivíduos, mas de sociedades, que, congregando seus esforços empresariais, buscam a realização, com maior eficiência, de atividades comuns<sup>25</sup>.

O protagonismo econômico-social que adquirem os complexos empresariais reflete, sem dúvida, em condutas penalmente relevantes, uma vez que as ações dotadas de relevância social

---

<sup>22</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro.: uma contribuição para o debate público brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, [s.l.], v. 11, n. 94, p. 01-74, 22 fev. 2010. Biblioteca da Presidência da República. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2009v11e94-195>. p.4.

<sup>23</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>25</sup> *Ibidem*. p. 30.

serão cada vez mais emanadas de atores coletivos do que de condutas individualizadas. Ainda, a mencionada congregação de fatores materiais e humanos, potencializa a maior capacidade de reverberação no âmbito social, com a capacidade de atingir um espectro maior de pessoas e bens, comumente proporcionais à dimensão da estrutura de organização alcançada. A atuação de empresas e corporações não encontra limites territoriais e suas atividades podem produzir riscos ou danos sequer passíveis de dimensionamento.<sup>26</sup>

A defesa político criminal vai no sentido de que as características de complexidade dos entes coletivos demandam o reconhecimento da sua responsabilidade penal, de forma a considerar não apenas o papel central que desempenham nas relações econômico-sociais, por serem dotados de capacidade de gerar riscos e danos de extrema relevância, mas também por suas configurações internas, que os tornam agentes criminógenos, permitindo o que se cunhou de “irresponsabilidade organizada”<sup>27, 28</sup>.

Sobre o ponto, contudo, Costa explica que essa “irresponsabilidade penal organizada”, se mostra tanto maior quanto mais complexa é a empresa.

Por essa razão, Heine, após proceder a um minucioso estudo dessa questão, concluiu que o sistema jurídico-penal é tanto menos eficaz quanto maior a complexidade da empresa. Desse modo, não surpreende a constatação de que as poucas atividades praticadas em contextos empresariais que caem nas malhas penais se referem a pequenas empresas, cuja organização é menos complexa.<sup>29</sup>

Esse resultado se apresenta em desacordo com os fins político-criminais para os quais o instituto se propõe, pois o indivíduo ou a pequena empresa correm maior risco de sofrer sanções penais, “tornando o direito penal um instrumento de sancionamento de bagatelas”<sup>30</sup>.

Como consequência da já mencionada complexidade estrutural empresarial, a modalidade de criminalidade que se projeta a partir da empresa ganha relevância por sua capacidade de facilitar ou dar cobertura ao cometimento de crimes, dado sua difícil averiguação e individualização de responsabilidades.

Além disso, conforme Machado<sup>31</sup> explica

---

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> Embora o conceito de sociedade de risco tenha sido trabalhado por filósofos como Anthony Giddens e Niklas Luhmann, ganhou destaque no cenário científico a partir da obra do sociólogo Ulrich Beck.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 31.

<sup>29</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. 255 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Penal, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 88.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 93.

<sup>31</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro.: uma contribuição para o debate público brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, [s.l.], v. 11, n. 94, p. 01-74, 22 fev. 2010. Biblioteca da Presidência da República. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2009v11e94-195>. p. 5.

é fácil imaginar os problemas da imputação penal individual quando se fala em situações de grupo, especialmente no âmbito de instituições complexas, altamente diferenciadas e hierarquicamente organizadas em torno do princípio da divisão do trabalho. Em tal estrutura organizacional, um resultado lesivo ao bem jurídico geralmente é provocado pela ação conjunta de muitos sujeitos, de diversas posições hierárquicas e com um grau diferenciado de informação, sendo muito difícil identificar todos os participantes da ação e delimitar a contribuição de cada um para o evento.

Fruto da divisão de trabalho, o agente individual se aliena de todo o processo envolvido e do conteúdo da coletividade do qual faz parte sua atuação, o que gera uma ação individualmente considerada com significado diverso da que se obtém na totalidade da atividade empresarial. Assim, os danos e perigos advindos da atividade do ente coletivo resultam não de uma conduta isolada, mas da conjunção de condutas perpetradas na estrutura organizacional.

Desse modo, o modelo tradicional e individual de imputação tradicional (capacidade de ação, compreensão da ilicitude e capacidade de decisão em um único autor) não se apresenta como suficiente para os fenômenos ocorridos no bojo de organizações hierárquicas e funcionalmente estruturadas em que decisão, ação e conhecimento se pulverizam e o fluxo de informações é descentralizado.<sup>32</sup>

Na medida em que o ato punível aparece frequentemente como resultado de uma soma de atos parciais e fragmentários - que, avaliados individualmente, costumam apresentar-se atípicos -, verifica-se, na prática, uma cisão dos elementos do tipo penal.<sup>33</sup>

Somado à orientação das decisões de grupo pelo fim societário diverso dos fins individuais, as condições delineiam as dificuldades de determinação normativa de competência e de responsabilidade individual, de um agente por vezes alheio ao resultado de sua conduta.

O terceiro argumento trazido por Barbosa<sup>34</sup> é o de que, por serem atores sociais de relevância que concentram conhecimento e atividades que podem ultrapassar limites territoriais, a regulação estatal pode encontrar problemas de conteúdo, frente à dificuldade em elaborar normas que contemplem os conhecimentos relacionados às diversas áreas de atuação empresarial, assim como em promover a devida regulação em tempo adequado à velocidade das inovações tecnológicas. Ainda, enfrenta o problema de regular uma atividade empresarial que vai além dos limites territoriais e cuja incapacidade financeira estatal não suporta os altos custos demandados para os processos de regulação, supervisão e sanção neste âmbito de alta complexidade.

Desse modo, reconhecendo os entes coletivos como detentores de poder e conhecimento técnico necessário a uma adequada contenção dos riscos de suas atividades, sua atuação

---

<sup>32</sup> Ibidem. p. 6.

<sup>33</sup> Ibidem. p. 7.

<sup>34</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 35.

territorialmente difusa e ante a deficiência técnica dos instrumentos de intervenção estatal, a autorregulação é utilizada como estratégia capaz de concretizar um mecanismo de cooperação orientado aos objetivos estatais de contenção e prevenção dos riscos gerados pelas atividades empresariais, adotando padrões que fariam com que o ente coletivo internalizasse os custos do ilícito.<sup>35</sup>

A responsabilidade penal da pessoa jurídica seria mecanismo de autorregulação empresarial, fomentando a estruturação empresarial à prevenção e contenção de riscos e revitalização da ética empresarial, por meio de sanções às empresas. A autorregulação permitirá que a empresa não apenas busque a consecução dos fins econômicos, mas também o interesse público, de modo que ao Estado caberá incentivar a estruturação ética-organizativa voltada à responsabilidade social e o direito penal empregado como instrumento para fomento dessa organização empresarial.

Ainda, segundo Barbosa, o Estado estará incumbido de

definir os objetivos a orientarem essa organização empresarial, uma estruturação mínima para o alcance de tais fins e as sanções a serem impostas se sobrevier a prática de crime no bojo da empresa derivada da inadequada organização desse ente. Deixa-se, portanto, um amplo espaço regulatório às próprias empresas, que definirão a melhor forma dessa estruturação de acordo com seus conhecimentos técnicos, adequados às peculiaridades de suas atividades. Contudo, deverão ter em conta, nessa sua “autodefinição”, a busca pelo alcance ótimo dos objetivos estatais, de forma que a não estruturação de uma autorregulação adequada poderá gerar a responsabilização penal pelo advento de práticas delitivas em seu bojo.<sup>36</sup>

Pela magnitude social que implica a autorregulação empresarial, os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica argumentam que não poderia o direito penal, sendo instrumento máximo de coação estatal e adequado ao incentivo de tais programas, sustentar óbices dogmáticos ao reconhecimento dessa forma de responsabilização. Além da sanção implicada propriamente dita, o direito penal teria o condão de estigmatizar pela sanção e provocar danos reputacionais à empresa<sup>37</sup> que podem ocasionar efeito muito mais negativo do que o prejuízo econômico advindo da aplicação da pena.<sup>38</sup>

O último argumento aventado é o de que a dogmática penal apresenta deficiências na responsabilização de indivíduos com condutas ilícitas praticadas em contextos empresariais e, na

<sup>35</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 37.

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> “Mas é justamente este aspecto um dos mais fortemente questionados por Khanna, tanto em termos de propósito como de eficácia, isto é: (a) é desejável que a sanção aplicável à pessoa jurídica se dê em forma de perda reputacional? (b) será que a sanção penal é intrinsecamente mais danosa à reputação do que a sanção civil? Os críticos têm adotado posturas bastante céticas com relação a estas duas questões.” MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. op. cit., p. 10.

<sup>38</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 38.

busca pela responsabilidade individual, estariam ocorrendo deformações dogmáticas muito mais criticáveis do que a adaptação dos elementos do crime à pessoa jurídica. Para a autora, tais deformações podem ser observadas especialmente em estruturas organizativas em que sobre diversas pessoas recaem os mesmos deveres da posição de garante, no recurso a delitos comissivos por omissão culposos em que a mencionada posição de garante funda a responsabilidade do indivíduo, o que afronta a princípios como o da culpabilidade e da responsabilidade subjetiva. Em vista disso, as constatações fáticas são abandonadas em prol de juízos valorativos.<sup>39</sup>

Ainda, argumenta ser possível que os indivíduos que realizam a ação típica no contexto empresarial não possuam a qualidade exigida pelo tipo e que é igualmente questionável a responsabilização individual quando o delito é emanado em estrutura coletiva criminalmente organizada, de maneira que não é o autor físico o responsável pela ação.<sup>40</sup>

Assim, a responsabilização da pessoa jurídica possibilitaria romper o simbolismo da penalização dos indivíduos que representa uma responsabilidade penal objetiva e arbitrária e que contamina todo o sistema de responsabilidade individual promovendo a negação das próprias garantias voltadas aos indivíduos.

## 2.2.2 Objeções dogmáticas à responsabilidade penal da pessoa jurídica

Por outro lado, parte da dogmática penal tem resistido à admissão do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Os argumentos têm fundamento, especialmente, na incompatibilidade da pessoa jurídica com os elementos da teoria do delito, em virtude de esta ter por base a pessoa física e a imputação individual.

A doutrina elenca três argumentos principais para combater a responsabilidade penal da pessoa jurídica que estão baseados no fato de não possuir capacidade de ação, capacidade de culpabilidade e capacidade de pena, pois, como sustentam Conde e Arán<sup>41</sup> exigem a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que não existe na pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o Direito atribui capacidade para fins distintos dos penais.

O primeiro obstáculo apresentado pela doutrina seria a inexistência de uma ação própria da empresa no sentido jurídico-penal, em face da impossibilidade de uma vontade por ela formada de maneira independente dos membros que compõem seu quadro.

---

<sup>39</sup> Ibidem. p. 40.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: parte general**. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 631.

Sobre o tema, Santos<sup>42</sup> defende que

A ação, como fundamento psicossomático do conceito de crime, ou substantivo qualificado pelos adjetivos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, é fenômeno exclusivamente humano, segundo qualquer teoria: para o modelo causal, seria comportamento humano voluntário; para o modelo final, seria acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim; para o modelo social seria comportamento humano de relevância social; para o modelo pessoal seria manifestação da personalidade, etc. Numa palavra: se a ação é fenômeno exclusivamente humano, então a pessoa jurídica é incapaz de ação e, por esse motivo, os atos das pessoas jurídicas são referidos como situações de ausência de ação, em qualquer manual de direito penal.

As ações ou omissões são atributos inerentes às pessoas naturais e que se obstam na pessoa jurídica devido a incapacidade própria da sua essência, pois a vontade é considerada do ponto de vista psicológico, apenas atribuível à pessoa física.

Partidários da criminalização da pessoa jurídica defendem o conceito de ação institucional, como produto da vontade coletiva derivada de reuniões e deliberações que representam uma vontade pragmática. Essa ação, entretanto, nada mais seria do que uma atividade imputada e seus efeitos jurídicos são originados não de uma autoria própria da pessoa jurídica, mas da manifestação dos seus representantes.

Santos sustenta que a vontade pragmática da ação institucional é incapaz de dolo, como vontade consciente de realizar um tipo de crime, assim como é incapaz de imprudência, porque a construção dos crimes de imprudência se fundamenta no critério da capacidade individual e o critério da previsibilidade utilizado para sua atribuição, carece de aparelho psíquico para operacionalização. Por fim, a ação institucional é incapaz de omissão da ação, dado que é incapaz de ação, motivo pelo qual é incompatível com o princípio da legalidade, definido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição.<sup>43</sup>

Ao tratar da ação na atividade da pessoa jurídica, o autor assevera que deve ser tomado cuidado ao equiparar os fundamentos jurídicos da responsabilidade civil - que podem ser objetivos - com os fundamentos da responsabilidade penal, sob pena de mutilar os componentes psíquico-fenomenológicos da estrutura do tipo de injusto e da culpabilidade, necessário em todas as categorias do fato punível.<sup>44</sup>

As objeções levantadas em relação a essa forma de responsabilidade referem-se, ainda, ao princípio da personalidade da pena, definido no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal. Isso ocorre porque os efeitos sancionatórios “recairiam sobre todos os componentes da pessoa jurídica,

---

<sup>42</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2001. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade\\_penal\\_juridica.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf). Acesso em: 28 mar. 2020. p. 2.

<sup>43</sup> *Ibidem*. p. 3.

<sup>44</sup> *Idem*.

culpáveis ou não pelo fato, e não somente sobre os efetivos autores materiais do delito”<sup>45</sup>. Assim, também a individualização da pena estaria prejudicada, pois a atividade criminosa será pautada na conduta humana dos dirigentes dos entes coletivos.

Conforme ressalta o professor Juarez Cirino dos Santos,

Primeiro, a reprovação de culpabilidade expressa na pena retributiva de crime não pode incidir sobre a vontade pragmática da pessoa jurídica, porque a psique impessoal e incorpórea da pessoa jurídica é incapaz de arrependimento, estado afetivo exclusivo do ser humano.

Segundo, a prevenção geral negativa de desestímulo à criminalidade pela intimidação do criminoso não pode atuar sobre a empresa pela razão elementar de que a vontade coletiva transpícuica ou interpessoal da pessoa jurídica não pode ser intimidada; por outro lado, a prevenção geral positiva de reforço dos valores comunitários não pode existir independente da prevenção geral negativa – e, portanto, é igualmente inócua.

Terceiro, a prevenção especial negativa de neutralizar o condenado por privação da liberdade pessoal é impensável na pessoa jurídica, porque a empresa não pode ser encarcerada; por outro lado, a prevenção especial positiva de ressocializar o condenado pela execução da pena é programa pedagógico jamais realizado na pessoa física e, simplesmente, impossível de ser realizado na pessoa jurídica.<sup>46</sup>

Dessa forma, tampouco as finalidades de prevenção geral e especial ou retributiva poderiam ser alcançadas nas sanções dirigidas à pessoa jurídica, devido à ausência de substrato psicológico que a impede de sentir os efeitos da pena, descaracterizando seu sentido moral, diante da inexistência de consciência e liberdade de decisão na conduta conforme ou não ao Direito.<sup>47</sup>

Não obstante, a inexistência da culpabilidade é o principal fundamento na atual discussão penal acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A culpabilidade jurídico-penal é um conceito fundado na capacidade penal, na consciência potencial do injusto e exigibilidade de conduta diversa. Sobre o tema, Bitencourt assevera que

a imputabilidade é a capacidade de culpa, de cujos pressupostos biopsicológicos somente a pessoa humana pode ser portadora. A consciência da ilicitude, ainda que potencial, não suscetível de ser possuída por um ente moral, como a pessoa jurídica, que não tem como motivar-se pela norma. Seria paradoxal formar-se um juízo de censura moral em razão do “comportamento” de uma empresa comercial, por exemplo. Ou, então, como exigir-se conduta diversa ou mesmo liberdade de vontade de uma entidade que é dirigida por terceiros?<sup>48</sup>

Para Santos<sup>49</sup>, a pessoa jurídica não tem capacidade penal porque os requisitos de maturidade e sanidade mental são inaplicáveis à vontade pragmática e não pode ser suprimida pelo registro na Junta Comercial, ou pela validade do contrato social. Para corroborar com o entendimento, o autor formula hipóteses em que é preciso explicar como pessoas físicas eventualmente inimputáveis poderiam produzir uma vontade coletiva imputável e, ao contrário, se

<sup>45</sup> Ibidem. p. 27.

<sup>46</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2001. op. cit., p. 4.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 306.

<sup>49</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2001. op. cit., p. 4.

a capacidade penal dos sócios é requisito para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, então não seria essa uma responsabilidade penal independente.

Em relação à consciência do injusto, o autor assevera que é um elemento que “só pode existir no aparelho psíquico individual de pessoas físicas, dado que a psique coletiva da vontade pragmática é uma ficção incorpórea sem existência real”, pois não emprega reflexões ou utiliza informações para conhecimento do injusto do fato. Por fim, afirma que as situações de exculpação são inaplicáveis à pessoa jurídica, pois a vontade pragmática é “imune ou insensível a pressões ou perturbações emocionais excludentes ou redutoras da capacidade de agir conforme a norma”<sup>50</sup>.

Em relação à chamada culpabilidade por defeito, parte da doutrina a refuta sob o fundamento de que representa a adoção de um argumento ficcional, uma vez que a deficiência organizacional tem como origem a conduta dos dirigentes, demonstrando que essa construção resulta na assunção de uma culpabilidade fundada em fato alheio.<sup>51</sup>

Além disso, enxerga essa forma de responsabilidade como retrocesso no que diz respeito à admissão da responsabilidade objetiva no Direito Penal, ante a impossibilidade de medir a culpabilidade, como preconiza o artigo 29 do Código Penal, assim como o entrave à individualização da pena, já que o artigo 59 do Código penal inclui a culpabilidade como um dos critérios para dimensionamento da sanção.<sup>52</sup>

### 2.3 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Os sistemas inglês, francês e alemão serviram de modelo para tratamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica em diversos ordenamentos jurídicos. O sistema inglês influenciou os ramos do *commom law* e o modelo francês as legislações dos países adeptos do *civil law*.

Brodt e Meneghin<sup>53</sup> argumentam que, ainda que não admita esse tipo de responsabilidade, o sistema alemão é incluído como modelo para os países que não incorporaram a inovação, mas que possuem um sistema de responsabilidade administrativa sancionatória para tratar sobre as atividades dos entes coletivos.

Com subsídio do que foi delineado até aqui, importa analisar o sistema adotado pelos países no que concerne à responsabilização das pessoas jurídicas. Inicialmente, tratamos da análise do

---

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 26.

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 961, p. 1-18, nov. 2015. p. 5.

sistema dos países de tradição do *commom law*, assim como da posição dos países de *civil law*. Também será identificado como o tema é tratado na China e nos países latino-americanos, a fim propiciar visão exemplificativa sobre as distintas políticas criminais e soluções em relação ao instituto nas diferentes legislações, de forma a contribuir com a construção de uma perspectiva crítica.

### 2.3.1 Reino Unido

Nos países ligados à tradição do *commom law*, vigora o princípio *societas delinquere potest* e admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica por qualquer infração penal, embora as mais recorrentes estejam relacionadas à violação da ordem econômica, ao meio ambiente, aos direitos trabalhistas e relações consumeristas. Nesse sistema, é indispensável uma ação ou omissão humana, o elemento subjetivo e a teoria da identificação.<sup>54</sup>

Embora os ingleses recusassem a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, influenciados pela doutrina da ficção, a partir da Revolução Industrial e da ascensão dos crimes cometidos por entes coletivos, a jurisprudência alterou sua orientação, passando a admitir sanções coletivas a infrações omissivas e, posteriormente, por atos comissivos<sup>55</sup>. Essa mudança de entendimento teve como influência o *Summary Jurisdiction Act* (1879), que trouxe inovação processual ao tornar possível o processamento do réu sem sua presença pessoal, permitindo a representação em juízo sem a necessária presença física do acusado.<sup>56</sup>

Com o advento do *Criminal Justice Act*, em 1948, foi instituída a possibilidade de conversão de penas privativas de liberdade em penas pecuniárias e, atualmente, as pessoas jurídicas podem ser punidas, inclusive grupos que não possuem personalidade jurídica<sup>57</sup>, exceto por fatos que não possam ser cometidos por uma coletividade, devido a sua própria natureza. As penas previstas são as compatíveis à pessoa jurídica, entre as quais a pena pecuniária, dissolução

---

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> “Following the early example of England (1842) and later the Netherlands (1952), the Nordic countries were first to introduce a genuine criminal liability for legal persons in the 1990s, followed by France (1994), Belgium (1999), Switzerland (2003), Austria (2006), Portugal (2007) and Spain (2010). Other Eastern-European countries like the Czech Republic (2011) followed this path, as did Chile (2009) in South America”. TIEDEMANN, Klaus. *Corporate Criminal Liability as a Third Track*. In: BRODOWSKI, Dominik; LAPARRA, Manuel Espinoza de Los Monteros de; VOGEL, Joachim; TIEDEMANN, Klaus. **Regulating Corporate Criminal Liability**. Switzerland: Springer, 2014. p. 11-18.

<sup>56</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 27.

<sup>57</sup> O denominado *Interpretation Act*, editado em 1889, passou a prever que o termo pessoa também abarcava os entes coletivos sem personalidade jurídica. *Ibidem*. p. 28.

do ente coletivo, apreensão do material decorrente da prática criminosa e limitação de atividades por tempo delimitado ou até implemento de condição suspensiva.<sup>58</sup>

A admissão da responsabilização em âmbito criminal está fundamentada na teoria da identificação, segundo a qual a pessoa natural personifica o ente coletivo e exige ao menos um dirigente na prática da ação delituosa.<sup>59</sup> Tal teoria limita a responsabilidade penal desses entes na medida em que exige uma pessoa física específica na responsabilidade do controle da pessoa jurídica<sup>60</sup> e uma vez que a responsabilidade individual é particularmente difícil de se aferir em contextos coletivos.<sup>61</sup>

A teoria da identificação exige que ao menos uma pessoa no centro do organismo reúna os elementos de culpa para caracterização da infração penal. O julgador poderá aplicar a sanção penal tanto à pessoa física como à pessoa jurídica, que deve ser compatível com a natureza da pessoa jurídica, com a possibilidade do controle judiciário do ente e a excepcional hipótese de dissolução.<sup>62</sup>

Camargo argumenta que

A vantagem inquestionável desse modelo é que se pode identificar facilmente os elementos que constituem a culpa da corporação, assim como os estados intencionais particulares que são requeridos para alguns tipos de crime, na medida em que os elementos que compõem a responsabilidade subjetiva da corporação são simplesmente os mesmos que definem a responsabilidade subjetiva do sujeito que age criminosamente em seu nome.<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> “It can only know or form an intention through its human agents, but circumstances may be such that the knowledge of the agent must be imputed to the body corporate”. MRABURE, Kingsley O.; ABHULIMHEN-IYOHA, Alfred. A Comparative Analysis of Corporate Criminal Liability in Nigeria and Other Jurisdictions. **Beijing Law Review**, [S.L.], v. 11, n. 02, p. 429-443, 2020. Scientific Research Publishing, Inc. <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2020.112027>. p. 439.

<sup>60</sup> Sobre a exigência de uma pessoa física em cargos de gerência, importa observar: “Case law has established that the appropriate test for the court is whether the individual in question had sufficient status and authority to make his acts the acts of the company, such that the individual is to be treated as the company itself. It follows that individuals other than directors or senior executives may be found to have been the company’s ‘directing mind and will’. The individual’s title is unlikely to be determinative. Although Section 7 of the Bribery Act 2010 (“UKBA”) introduces wider liability in the context of bribery, by making a company liable where (for example) one of its agents has paid a bribe intending to obtain business for the company, general corporate criminal liability is governed by the identification principle outlined above”. LINKLATERS. **Corporate criminal liability: a review of law and practice across the globe**. A review of law and practice across the globe. 2016. Disponível em: [https://knowledgeportal.linklaters.com/l/publisher/knowledge\\_1/corporate-criminal-liability-a-review-of-law-and-practice-across-the-globe\\_1](https://knowledgeportal.linklaters.com/l/publisher/knowledge_1/corporate-criminal-liability-a-review-of-law-and-practice-across-the-globe_1). Acesso em: 07 set. 2020. p. 72.

<sup>61</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *op. cit.*, p. 29.

<sup>62</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. *op. cit.*, p. 5.

<sup>63</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza de (org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira**. São Paulo: Liberars, 2015. p. 117-124. p. 121-122.

No tocante ao elemento subjetivo, o comportamento ilícito deve ser praticado com dolo ou culpa, mas existem infrações penais que admitem a responsabilidade objetiva e por fato de outrem, que costumam referir-se a infrações omissivas e com sanções mais brandas.<sup>64</sup>

### 2.3.2 Estados Unidos

Em virtude do sistema federado norte-americano, os estados possuem grande autonomia em relação ao governo federal, o que permite que cada estado possua ampla, embora não irrestrita, liberdade para legislar. Assim, a posição sobre a responsabilidade criminal das corporações pode variar dentro de seu território.

Entretanto, de forma geral, é amplamente admitida a responsabilização criminal dos entes coletivos nos Estados Unidos. Para que possa ocorrer, a jurisprudência exige a presença de alguns requisitos, tais quais o vínculo entre empresa e praticante do delito, bem como o exercício de função sem necessário benefício para a economia da pessoa jurídica. Isso ocorre porque, conforme Shecaira,

O direito norte-americano admite que as infrações culposas sejam imputadas às empresas quando cometidas por um empregado no exercício de suas funções, mesmo que a empresa não tenha obtido proveito com o fato delituoso. Além disso, a corporação também será responsável quando o fato criminoso for cometido a título de dolo se praticado por um executivo de nível médio.<sup>65</sup>

O autor completa que a responsabilidade corporativa atinge até mesmo sindicatos e que é reconhecida há mais de um século, inicialmente no modelo da responsabilidade vicária.<sup>66</sup>

A legislação dos Estados Unidos tanto em nível estadual quanto federal prevê a responsabilidade criminal para corporação de crimes cometidos por diretores individuais, gerentes ou funcionários de baixo escalão. O país, em nível federal, mudou a responsabilidade dos entes coletivos identificando como base a negligência organizacional da empresa, em razão do fracasso da corporação em prevenir o comportamento delitivo perpetrado em seu interior. Contudo, com a explosão dos escândalos econômicos e financeiros, a tendência passou a ser centrar-se novamente no autor individual.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 30.

<sup>66</sup> Em 1909, a Suprema Corte dos EUA reconheceu a responsabilidade por crimes dolosos praticados por pessoas jurídicas no caso *New York Central and Hudson River Railroad v. Estados Unidos (1908)*. O caso adotou a doutrina do *respondeat superior* da responsabilidade civil para o direito penal.

<sup>67</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 33.

Dessa forma, os tribunais têm seguido precedentes no sentido de que, “apesar das políticas explícitas de uma empresa e procedimentos para prevenir e impedir ações ilegais, a pessoa jurídica deve ser criminalmente responsável ainda que pelos atos de um funcionário de nível inferior”<sup>68</sup>.

### 2.3.3 Alemanha

A partir de agora faremos a abordagem de sistemas jurídicos distintos dos dois primeiros expostos, adeptos à tradição do *civil law*, que se imprime por um direito codificado, legislado e fruto da influência do positivismo jurídico. Mesmo após a crise positivista, ocorrida por consequência da Segunda Guerra Mundial e a ascensão de doutrinas constitucionalistas e neoconstitucionalistas, estes países mantêm o seu sistema.

A legislação em vigor na Alemanha não reconhece o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Na maior parte de sua história, até aproximadamente o século XVIII, os povos germânicos admitiam tal responsabilização do ente coletivo, quando então o direito alemão mudou radicalmente de direção. O Direito Penal alemão tem construído a concepção de injusto penal centrada no comportamento humano com a necessidade de individualizar responsabilidades.

Em seu lugar adotou um sistema de direito administrativo sancionador através da imposição de multas administrativas para punição como consequência acessória do fato punível cometido pelo órgão<sup>69</sup> no que tange às infrações tipicamente imputadas e praticadas por pessoas jurídicas, como os delitos contra o meio ambiente, consumidor e ordem econômica.

De acordo com Shecaira,

A justificativa para adoção de tal sistema se firma na ideia segundo a qual não se pode aplicar uma sanção de natureza penal às empresas, em face da inexistência de reprovação ético-social de uma coletividade. As multas, em tais casos, são desprovidas do significado social de reprovação e, portanto, valorativamente neutras; daí a razão de se adotar uma infração sem caráter penal.<sup>70</sup>

Além da pena pecuniária, a apreensão de bens, restituição das vantagens e encerramento das empresas podem ser encontradas no direito alemão como forma de reprovação das condutas

<sup>68</sup> PIETH, Mark; IVORY, Radha (ed.). **Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk**. Dordrecht: Springer, 2011. p. 71.

<sup>69</sup> “Section 130: (1) Whoever, as the owner of an operation or undertaking, intentionally or negligently omits to take the supervisory measures required to prevent contraventions, within the operation or undertaking, of duties incumbent on the owner and the violation of which carries a criminal penalty or a regulatory fine, shall be deemed to have committed a regulatory offence in a case where such contravention has been committed as would have been prevented, or made much more difficult, if there had been proper supervision. The required supervisory measures shall also comprise appointment, careful selection and surveillance of supervisory personnel.” GERMANY. **Act On Regulatory Offences**. Bonn, 24 mai. 1968. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_owig/englisch\\_owig.html#p0774](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/englisch_owig.html#p0774). Acesso em: 27 set. 2020.

<sup>70</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 49.

ilícitas dos entes coletivos, em processos conduzidos por autoridade administrativa e aos quais cabe recurso ao tribunal administrativo regional.

Contudo, Shecaira adverte que os estudos verificados na Alemanha acerca da temática apontam para posições favoráveis à responsabilidade coletiva.<sup>71</sup> Nesse sentido, notícias recentemente publicadas<sup>72</sup> informam que o Ministério da Justiça e de Proteção ao Consumidor (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*) apresentou anteprojeto formal de lei que trata da sanção criminal de empresas (*Verbandssanktionengesetz*) com grandes chances de aprovação.

O projeto prevê a possibilidade de sanções penais nos casos em que uma pessoa da direção cometer um delito corporativo ou quando pudesse evitar ou dificultar o ato de algum outro membro, por meio de medidas de prevenção (organização, seleção, orientação e supervisão), alterações nas sanções aplicáveis em limites maiores que os atualmente vigentes, sendo a mais severa sanção a de dissolução da sociedade.

O projeto também dá especial relevância às investigações internas para apuração da responsabilização, que podem, inclusive, constituir fator de atenuação da sanção e afetar a prescrição, assim como à estruturação de programas de *compliance*, que serão tomados como base para a dosimetria da sanção aplicada e para o livramento condicional.<sup>73</sup>

### 2.3.4 França

A França foi cenário de importantes transformações sociais e jurídicas, entre elas a Revolução Francesa, que provocou intensas mudanças no campo político, com o alicerce dos ditames da liberdade, igualdade e fraternidade que deram base para parte dos atuais sistemas jurídicos. Após suas revoluções, a França foi palco do movimento conhecido como período codificador, de cunho positivista e com construção doutrinária que possibilitou a edição dos grandes códigos europeus, entre os quais o Código Civil Francês de 1804.

O sistema francês também admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica e o instituto é aplicado aos fatos delituosos em que há previsão legal explícita desta responsabilidade no tipo

---

<sup>71</sup> Ibidem. p. 27.

<sup>72</sup> Nesse sentido, BEHR, Nicolai; HAAS, Robin. German Ministry of Justice finally publishes draft for a corporate liability act – what companies must expect. **Global Compliance News**. 19 maio 2020. Disponível em: <https://globalcompliancencnews.com/new-german-corporate-liability-act-20200519/>. Acesso em: 27 set. 2020.

<sup>73</sup> Essas e outras informações acerca do projeto de lei podem ser acessadas em TEIXEIRA, Adriano; GÓES, Guilherme; ENSEL, Linus. **O projeto de lei de sanções corporativas da Alemanha**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-projeto-de-lei-de-sancoes-corporativas-da-alemanha-06012020>. Acesso em: 19 nov. 2020.

penal, regra importante para garantia da necessária segurança jurídica e em reforço do princípio da legalidade.<sup>74</sup>

Não obstante, tal orientação só se consolidou com o advento do recente Código Penal, pois, apesar de os franceses sempre terem admitido a responsabilização dos entes morais, isso não se estendia à seara penal.

Com a promulgação, no ano de 1994, do atual Código Penal Francês, foi dado passo importante para o reconhecimento da responsabilidade penal dos entes morais de forma plena, consagrada no artigo 121-2<sup>75</sup> da Parte Geral do Código Penal. O dispositivo exclui da responsabilidade penal o Estado e as coletividades territoriais, sendo que estas respondem penalmente em caso de concessão de serviço público. Assim também estabelece os requisitos básicos para a responsabilização do ente coletivo: a infração criminal deve ser praticada por um órgão ou representante legal e também por conta da pessoa jurídica, ou seja, em seu benefício, acolhendo a ideia de que a sociedade coletiva possui vontade própria distinta da vontade individual de seus membros.<sup>76</sup>

Em sua parte final, o artigo estabelece que a responsabilização do ente coletivo não exclui que o fato seja suscetível à reprovação à pessoa física autora ou partícipe dos mesmos delitos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é considerada subsidiária à da pessoa física, sem a qual, regra geral, não pode a pessoa jurídica ser condenada, trata-se da teoria da responsabilidade penal por ricochete.<sup>77</sup>

Seguindo sua tradição, o legislador criou um rol amplo de sanções penais passíveis de aplicação à pessoa jurídica, sendo que a maioria destas está prevista no artigo 131-39<sup>78</sup>, entre as

<sup>74</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. op.cit., p. 7.

<sup>75</sup> Artigo 121-2 do Code Pénal Français: “Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3”. FRANCE. **Code Pénal**. Paris, 01 fév. 1994. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>. Acesso em: 29 ago. 2020.

<sup>76</sup> Ibidem. p. 40.

<sup>77</sup> PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luis Regis; DOTTE, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 129-162. P. 149.

<sup>78</sup> É da redação do artigo : “Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : 1° La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ; 2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ; 3° Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ; 4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de

quais citamos as penas de multa, interdição definitiva ou temporária das atividades profissionais ou sociais, controle judiciário por 5 anos ou mais, fechamento definitivo ou temporário de estabelecimento utilizado para prática do delito, exclusão definitiva ou temporária dos mercados públicos, interdição do direito de emissão de cheques, o confisco do objeto do crime, a publicação da decisão judicial e a dissolução. Há também a possibilidade de postergação da aplicação da pena em alguns casos e a obtenção de *sursis*.<sup>79</sup>

A *LOI n° 2014-790 du 10 juillet 2014* inseriu ao artigo 131-39 a sanção de proibição, por um período de cinco anos ou mais, de receber qualquer ajuda pública concedida pelo Estado, coletividades territoriais, assim como qualquer ajuda financeira paga por um particular encarregado de uma missão de serviço público.

Por fim, a *LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016* introduziu o artigo 131-39-2, que prevê a possibilidade de punição da pessoa moral à obrigação de se submeter, sob o controle da Agência Francesa Anticorrupção e com duração máxima de cinco anos, à programa de *compliance*, a fim de assegurar a existência e implementação das medidas e procedimentos especificados no inciso II do mesmo artigo.

### 2.3.5 Itália

---

l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ; 5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ; 6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; 7° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ; 8° La peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 ; 9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ; 10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ; 11° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal ; 12° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public. La peine complémentaire de confiscation est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse. Les peines définies aux 1° et 3° ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1° n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel". FRANCE. **Code Pénal**. Paris, 01 fév. 1994. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>. Acesso em: 29 ago. 2020.

<sup>79</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 41.

Na Itália não é reconhecida a responsabilização criminal dos entes coletivos. O principal óbice não está circunscrito propriamente à dogmática penal, mas sim de força constitucional. A Carta italiana traz expresso em seu artigo 27, I: “a responsabilidade criminal é individual”<sup>80</sup>.

Além disso, a doutrina penalista majoritária entende que acolher o instituto violaria o princípio da personalidade das penas, atingindo os inocentes que fazem parte da coletividade. Não há, portanto, a previsão de sanções criminais às pessoas coletivas, mas tão somente a responsabilidade civil subsidiária pelas penas pecuniárias sofridas pelos empregados ou diretores ligados à empresa beneficiária do delito cometido.<sup>81</sup>

Ainda que a legislação italiana seja adversa à responsabilidade penal dos entes coletivos, as empresas podem ser processadas por ofensas criminais cometidas por seus gerentes ou funcionários no interesse ou em benefício da corporação, através de modelo de responsabilidade administrativa previsto em leis especiais, conduzido por um juiz criminal de acordo com as regras do processo penal. Ou seja, embora a atividade da pessoa jurídica não seja abarcada pelo direito penal, tampouco é por puro direito administrativo, em virtude da delegação a uma jurisdição penal a persecução dos ilícitos.<sup>82</sup>

O Decreto Legislativo nº 23, de 08 de junho de 2001 regula a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica<sup>83</sup> e foi alargando os ilícitos administrativos abarcados, através de sucessivas modificações. Embora a responsabilidade não seja propriamente penal, os critérios de atribuição são penais, a responsabilidade é derivada de um delito com uma sanção imposta pelo juiz penal, com garantias penais.

### 2.3.6 Espanha

A Espanha, até recentemente, não admitia a responsabilidade das empresas. Porém, a interpretação espanhola se alterou e a doutrina mais recente acolheu a possibilidade de sanção criminal à pessoa jurídica, embora a jurisprudência seguisse resistente à adesão do instituto, por

<sup>80</sup> Art. 27. I- “*La responsabilità penale è personale*”. ITALIA. Constituição (1947). **La Costituzione**. Roma, 27 dez. 1947. Disponível em: <http://www.senato.it/1024>. Acesso em: 16 set. 2020.

<sup>81</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 54.

<sup>82</sup> *Ibidem*. p. 55.

<sup>83</sup> “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. [...] 1. Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. 2. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. 3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.” ITALIA. Decreto Legislativo nº 231, de 08 de junho de 2001. **Decreto Legislativo 8 Giugno 2001, N. 231**. Roma, Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

entender ser o ente coletivo desprovido de culpabilidade e de capacidade pessoal para sofrer a sanção de punições criminais.

O Código penal espanhol prevê, desde 1995, sanções jurídicas denominadas “consequências acessórias” aplicáveis às empresas, associações, sociedades e fundações, cuja natureza não era claramente penal, senão administrativa. Entretanto, com as alterações ocorridas no Código Penal no ano de 2010 por meio da edição da *Ley Orgánica 5/2010*, de 22 de junho, a qual modificou a *Ley Orgánica 10/1995*, passou a prever em seu artigo 31 bis a responsabilidade criminal de tais entes que respondem por meio de mandamentos expressos distribuídos ao longo da legislação penal, sempre que se constate a infração penal praticada por quem ostente os cargos e funções aludidos no mencionado dispositivo, assim como por outras pessoas que estejam submetidas à autoridade destes.<sup>84</sup>

A *Ley Orgánica 1/2015*<sup>85</sup> alterou a redação do artigo 31 bis<sup>86</sup> e passou a prever a isenção ou atenuação de responsabilidade penal da pessoa jurídica quando as condições de prevenção dos

---

<sup>84</sup> BOLDOVA, Miguel Ángel; RUEDA, María Ángeles. La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español. In: PIETH, Mark; IVORY, Radha (ed.). **Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk..** Emergence, convergence, and risk. Dordrecht: Springer, 2011. Cap. 10. p. 276.

<sup>85</sup> O preâmbulo da lei da reforma traz a exposição de motivos para as modificações da responsabilidade corporativa indicando o seguinte: “La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.

Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal.” ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, Por La Que Se Modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.** Sevilla, 31 mar. 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3439>. Acesso em: 23 ago. 2020.

<sup>86</sup> **Artículo 31 bis.** “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito

modelos de organização e gestão com medidas de vigilância e controle sejam capazes de evitar o cometimento do delito ou minimizar os riscos de cometimento. Ainda, introduziu o artigo 31 ter que estabeleceu a relação de autonomia entre a responsabilidade da pessoa jurídica e da pessoa física.

As sanções penais aplicáveis no caso da responsabilização penal estão previstas no artigo 33.7 do Código penal e as circunstâncias atenuantes estão disciplinadas no artigo 31 quater do mesmo diploma legal. No entanto, não desaparecem as consequências acessórias, pois seguem sendo aplicadas aos entes coletivos que, por carecer de personalidade jurídica, não estejam compreendidos no artigo 31 bis, segundo o artigo 129 do mesmo diploma legal, embora materialmente as consequências acessórias e penais coincidam na maior parte dos casos, com essas últimas mais amplas e de caráter imperativo.

### 2.3.7 China

Devido à organização política da China, sociedade de orientação socialista, de natureza coletiva e que, portanto, concretiza interesses estatais, pode parecer inviável a prática de crime contra o interesse comum. Entretanto, desde de 1988, com a publicação de leis de crimes econômicos, admitiu-se a responsabilização criminal das pessoas jurídicas, seguindo o entendimento da doutrina dissonante sobre o fato de o modo de produção ainda prever formas “capitalistas” de organização e que por isso não se deve ignorar a eventual prática de delitos por empresas.<sup>87</sup>

A Lei Penal da República Popular da China 1997 estabelece os princípios para punição corporativa em sua Parte Geral e os crimes específicos na Parte Especial. Além disso, a responsabilidade criminal dos indivíduos responsáveis pela conduta continua a ser condição para

---

eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. [...]” ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal**. Madrid, 24 nov. 1995. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 21 ago. 2020.

<sup>87</sup> Ibidem. p. 44.

punição do ente coletivo. A responsabilidade criminal é imputada em conjunto com a da corporação, quando o indivíduo tenha atuado com a autorização e propósito de beneficiar a pessoa jurídica.<sup>88</sup>

### 2.3.8 Cuba

Cuba foi uma das primeiras nações da América Latina a adotar a responsabilização criminal da pessoa jurídica, assim como o México. Em que pese ser um dos poucos países de orientação socialista atualmente, o entendimento em vigor é diferente da China em tempos passados, em que se considerava a punição das empresas como a do próprio Estado.

Com o Código de Defesa Social de 1936, os cubanos estabeleceram como pressuposto da pena a periculosidade e impunham medidas de segurança às empresas por infrações cometidas dentro da própria esfera de atuação, quando realizada por representantes ou acordo de associados. O diploma legal previa em seu artigo 52 as sanções aplicáveis, entre as quais a dissolução, fechamento temporário, proibição de realizar determinados negócios e multa, além de penas acessórias.<sup>89</sup>

Após a Revolução Cubana, o cenário legislativo se alterou e o Código de Defesa foi revogado por outro com base em novos paradigmas que não manteve a responsabilidade penal da pessoa jurídica.<sup>90</sup> Contudo, o *Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997* inseriu novamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico cubano, prevista no Código Penal.<sup>91</sup> Seguindo a referência do Código de Defesa Social revogado, a pessoa jurídica responde

<sup>88</sup> ZHOU, Zhenjie; XU, Ying. Risk Society and Corporate Criminal Liability. *早稻田大学高等研究所紀要*, Waseda, v. 11, p. 17-29, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/286963695.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020. p. 19.

<sup>89</sup> Ibidem. p. 45.

<sup>90</sup> LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29-45. p. 32.

<sup>91</sup> ARTÍCULO 16. 1. (Modificado) “La responsabilidad penal es exigible a las personas naturales y a las personas jurídicas. La responsabilidad penal es exigible a la persona natural a partir de los 16 años de edad cumplidos en el momento de cometer el acto punible. Las personas jurídicas son penalmente responsables por los delitos previstos en este Código o en leyes especiales, cometidos dentro de la propia esfera de acción de dichas personas jurídicas, cuando sean perpetrados por su representación o por acuerdo de sus asociados, sin perjuicio de la responsabilidad penal individual en que hayan incurrido los autores o cómplices en el hecho punible. A los efectos de este Código, le es exigible responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando se trate de las cooperativas, las sociedades y asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes, las fundaciones, las empresas no estatales autorizadas para realizar sus actividades, así como las demás entidades no estatales a las que la ley confiere personalidad jurídica”. CUBA. Ley nº 62, de 29 de dezembro de 1987. **Código Penal**. Ciudad de La Habana, Disponível em: <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/codigo-penal-2/>. Acesso em: 05 out. 2020.

juntamente com as pessoas físicas individuais que a integram responsáveis pela perpetração do delito e não refere expressamente os delitos que podem ser imputados às pessoas jurídicas.<sup>92</sup>

### 2.3.9 México

O México adota o princípio do *societas delinquere potest*, com a responsabilização penal da pessoa jurídica. O artigo 11<sup>93</sup> do seu Código Penal prevê a possibilidade, quando o crime seja cometido por membro ou representante e em benefício do ente coletivo. As sanções penais aplicadas são a de suspensão e dissolução, em casos que envolvam questões de segurança pública.

Dogmaticamente encontram-se falhas no reconhecimento do instituto, uma vez que o Código Penal mexicano, em seu artigo 8º, refere-se a delito como ação ou omissão dolosa ou culposa, seguido da definição de dolo ou culpa de acordo com critérios atribuíveis tão somente a pessoas físicas, em seu artigo 9º, o que dificulta o processo de imputação das pessoas morais.

### 2.3.10 Argentina

Por fim, na Argentina encontramos intensa discussão doutrinária em torno da possibilidade de incriminação dos entes de existência ideal, principalmente centrado na dogmática penal e a compatibilidade do instituto com a teoria do delito. No entanto, o país adota a responsabilização penal tanto à pessoa física como a pessoa moral, quando ambas se beneficiarem do produto do crime.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> COLLAZO, Iván Ermand. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento penal cubano. **Legalidad, Derecho y Sociedad**: Publicación oficial de la fiscalía general de la República de Cuba, La Habana, v. 2, p. 86-91, maio 2018. Quadrimestral. Disponível em: [https://www.fgr.gob.cu/sites/default/files/20190508/Publicaciones/revista\\_imprensa\\_revisada\\_1.pdf](https://www.fgr.gob.cu/sites/default/files/20190508/Publicaciones/revista_imprensa_revisada_1.pdf). Acesso em: 17 out. 2020.

<sup>93</sup> Artículo 11: “Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública”. MÉXICO. **Código Penal Federal**. Cidade do México, Disponível em: <<https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-primero/titulo-primero/capitulo-i/>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

<sup>94</sup> Artículo 23 - “[...] Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos. [...]”. ARGENTINA. **Código Penal de la Nación Argentina**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#3>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

Este entendimento é reforçado pela leitura do artigo 304 do Código Penal argentino, localizado no capítulo referente aos crimes contra a ordem econômica e financeira, onde são listadas as penas aplicáveis às pessoas jurídicas.<sup>95</sup> Dessa maneira, não resta dúvida de que a legislação argentina reconhece o instituto.

## 2.4 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas por condutas lesivas ao meio ambiente através da Lei de Crimes Ambientais<sup>96</sup>. Não obstante que parte da doutrina e jurisprudência aceitem tal responsabilidade, encontramos interpretações dissonantes tanto sobre a Lei de Crimes Ambientais, quanto ao dispositivo constitucional que prevê a responsabilização criminal da pessoa jurídica.

Portanto, neste item será tratado o debate sobre a constitucionalidade da responsabilidade coletiva, assim como sua previsão na Lei 9.605/98. Primeiramente pela análise constitucional do tema, visto que a Constituição Federal é o instrumento jurídico que regula todos os demais sistemas presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.4.1 O debate sobre a constitucionalidade da responsabilidade penal coletiva

A previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica seria possibilitada no direito pátrio pela disposição de duas normas constitucionais, acerca das quais existe grande controvérsia, pois não tratam do tema de maneira pormenorizada, o que exige do intérprete um grande esforço hermenêutico. A primeira delas, o artigo 173, §5º, traz em sua redação:

---

<sup>95</sup> Artículo 304: “Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: 1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito. 2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. 5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere. 6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica. Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4”. Idem.

<sup>96</sup> BRASIL. Lei Nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2020.

Art. 173, § 5º, CF: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.<sup>97</sup>

Em suma, o artigo determina ao legislador ordinário instituir a responsabilidade da pessoa jurídica e de seus dirigentes, por atos contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular. Contudo, não especifica o tipo de responsabilidade, o que tem gerado grande discussão.

Os constitucionalistas, tais quais Ribeiro Bastos, Gandra Martins e José Afonso da Silva<sup>98</sup>, postulam que a Constituição se utilizou do termo responsabilidade com o intuito de remetê-la à responsabilidade penal.

Entretanto, sobre a previsão contida no mencionado dispositivo, Luisi argumenta que

Levantamento histórico da elaboração deste parágrafo noticia que o mesmo, na Comissão de Sistematização, tinha a seguinte redação: “a lei sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica estabelecerá a responsabilidade criminal desta”. Este texto não mereceu aprovação do Plenário da Constituinte. O texto aprovado refere que devem ser aplicadas à pessoa jurídica “punições compatíveis com a sua natureza”. Retirando a expressa referência à responsabilidade criminal da pessoa jurídica, é de evidência solar que o Constituinte recusou-se a estabelecer a responsabilidade em causa. É óbvio que o Constituinte, ao dar ao parágrafo em questão uma redação diferente da proposta pela Comissão de Sistematização, com ela não concordou.<sup>99</sup>

Além disso, parte da doutrina penal antagonista à teoria constitucionalista afirma que quando a Constituição fala de responsabilidade, faz referência à responsabilidade sem adjetivos, não havendo uma intrínseca atribuição penal, assim como faz referência a punições que abarcam sanções administrativas com fins retributivos e preventivos, por vezes com “poder aflitivo superior às penas criminais substituídas por penas restritivas de direito, ou com início de execução em regime aberto, por exemplo”, como no caso da Lei 9.605/98.<sup>100</sup>

Quando a Constituição trata da responsabilidade da pessoa jurídica, menciona que esta tem escopo nos atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, não inclui, portanto, o meio ambiente. Destarte, se a norma constitucional incluísse o meio ambiente por ser princípio geral da atividade econômica, previsto no artigo 170, VI, da Carta Magna, deveria também incluir a proteção da propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do consumidor,

<sup>97</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>98</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 275-292. p. 276. .

<sup>99</sup> LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29-45. p. 37.

<sup>100</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2013. p. 276.

etc., pois também figuram como princípios gerais da atividade econômica (art. 170, III, IV, V, da CR), o que não seria considerado razoável.<sup>101</sup>

Por fim, outro argumento sustentado é o de que se o legislador constitucional quisesse atribuir responsabilidade penal às empresas nos delitos a que faz menção o §5º, teria o feito expressamente. Além do mais, o uso do termo “compatível com sua natureza” corrobora com a posição de que não foi reconhecida a aplicação de penas criminais à pessoa jurídica.

Em síntese, o professor Juarez Cirino dos Santos expõe que

a) se a Constituição fala de responsabilidade, então o intérprete não pode ler responsabilidade penal, nem o legislador ordinário está autorizado a estabelecer responsabilidades penais da pessoa jurídica; b) se a Constituição fala em atos, então nem o intérprete, nem o legislador ordinário poder ler crimes; c) se a Constituição circunscreve as exceções às áreas da ordem econômica e financeira e da economia popular, então nem o intérprete, nem o legislador ordinário podem incluir outras exceções, como, por exemplo, o meio ambiente [...].<sup>102</sup>

Dificuldades interpretativas também são encontrados no parágrafo §3º do artigo 225 da Constituição de 1988. Dita o dispositivo:

Art. 225, § 3º, CR: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.<sup>103</sup>

Novamente temos o embate entre penalistas, que sustentam que o legislador, ao falar em condutas e atividades, quis expressar que a pessoa natural realiza condutas e a pessoa jurídica atividades; e entre constitucionalistas/ambientalistas, que entendem que condutas e atividades foram colocados como sinônimos aplicáveis indiferentemente às pessoas físicas e jurídicas, por isso igualmente passíveis de receber sanções penais e administrativas.

Especialistas em direito penal rejeitam essa última interpretação por considerar que os termos foram empregados como bases de correlações distintas:

a) as condutas de pessoas físicas sujeitarão os infratores a sanções penais; b) as atividades de pessoas jurídicas sujeitarão os infratores a sanções administrativas. Afinal, a lei não contém palavras inúteis, e o uso de sinônimos na lei seria uma inutilidade, incompatível com a técnica legislativa e com a inteligência do legislador.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> Ibidem. p. 277.

<sup>102</sup> Ibidem. p. 278.

<sup>103</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>104</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2013. op. cit., p. 279.

Embora respeitados nomes da doutrina argumentam de forma contrária<sup>105</sup>, forçoso reconhecer que a Constituição parece mostrar que a responsabilidade penal continua pessoal, sem apresentar a exceção da responsabilidade penal impessoal da pessoa jurídica. Admitida tal modalidade de responsabilização pelo ordenamento constitucional, encontra-se evidente o conflito com princípios constitucionais da pessoalidade da pena, presente em todas as Constituições brasileiras, e da culpabilidade, enquanto elemento de aplicação e dimensionamento da pena.<sup>106</sup>

A elaboração do artigo não permite o reconhecimento da responsabilidade penal dos entes coletivos e, portanto, toda interpretação de lei infraconstitucional nesse sentido é de manifesta ilegalidade<sup>107</sup> e inconstitucionalidade. A análise estritamente literal e desvinculada do espírito de um ordenamento deve ser superada, pois estão as normas conectadas e impõem uma interpretação dentro de um sistema, por vínculos de conteúdo e não apenas por vínculos formais.<sup>108</sup>

#### 2.4.2 A Lei de Crimes Ambientais e a responsabilidade penal da pessoa jurídica

Apesar da controvérsia acerca da constitucionalidade de sua previsão, o Brasil adotou o modelo francês de responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes contra o meio ambiente,<sup>109</sup> definidos pela Lei 9.605/98 que sedimentou a responsabilização criminal do ente coletivo quando a infração for cometida por órgão vinculado:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

De acordo com o artigo 3º, são requisitos essenciais para a imputação da responsabilidade criminal: que o crime seja cometido por decisão do representante legal ou contratual e tenha agido

<sup>105</sup> “A responsabilidade penal da pessoa jurídica continua sendo tema polêmico e candente em direito penal, particularmente na doutrina brasileira. O legislador constituinte reavivou a discussão do assunto ao editar os dois dispositivos acima citados. Não obstante existirem opiniões contrárias – de juristas de nomeada –, a nosso juízo não há dúvida de que a Constituição estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica”. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 122.

<sup>106</sup> LUISI, Luiz. op. cit., p. 38.

<sup>107</sup> “O princípio da legalidade, base estrutural do próprio Estado de Direito, é também a pedra angular de todo direito que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 67.

<sup>108</sup> LUISI, Luiz. op. cit., p. 38.

<sup>109</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2013. op. cit., p. 275.

para os interesses da pessoa jurídica. O benefício pode ser econômico ou mesmo de ordem prática e, à exceção do Estado, qualquer pessoa jurídica de direito privado ou público pode ser responsabilizada, uma vez que a lei não faz distinção alguma.

O parágrafo único, ao estabelecer que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a da pessoa física, gerou discordâncias sobre violação do princípio do *non bis in idem*, ou seja, de que haveria dupla punição pelo mesmo fato. Entretanto, o argumento não se sustenta, pois a pessoa do sócio e da empresa são distintas aos olhos do direito. Essa previsão do parágrafo único é o que deu ensejo à discussão acerca da dupla imputação, em que se pune mais de um sujeito pelo mesmo fato, assunto que abordaremos em tópico específico para análise jurisprudencial.

O artigo 21 da referida lei estipula as penas aplicáveis “isolada, cumulativa ou alternativamente” à pessoa jurídica como a multa, restritiva de direitos e/ou prestação de serviços à comunidade. No artigo seguinte elenca as penas restritivas de direito, a saber: suspensão parcial ou total de atividades; interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. O artigo 23, por sua vez, enumera as espécies de prestação de serviços à comunidade; custeio de programas e projetos ambientais; execução de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos; e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

No que diz respeito ao custeio de programas e contribuições a entidades, a lei incluiu no elenco das prestações de serviços penas de natureza patrimonial que não possuem qualquer natureza de prestação de serviços, o que aponta para algumas das inconsistências que a lei de crimes ambientais apresenta em seu texto. A Lei n. 9.605/98 também não previu expressamente os crimes passíveis de imputação à pessoa jurídica e as penas aplicáveis a cada um deles, como fazem legislações que admitem esse tipo de responsabilização penal<sup>110</sup>, consoante apresentado em tópico anterior.

Além dos equívocos do legislador no que diz respeito à inserção da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, a Lei de crimes ambientais recebe críticas acerca de sua incapacidade estrutural para produção de efeitos instrumentais, que entendemos importante mencionar, embora não sejam objeto de análise do presente trabalho. São elas a ausência de técnica legislativa, a criação de uma posição de garante além dos limites da legitimidade, o uso dos crimes de perigo abstrato, passando por tipos penais incompreensíveis e formas culposas inconcebíveis, a

---

<sup>110</sup> A legislação francesa, inspiração para elaboração da Lei de Crimes Ambientais adaptou de modo expresso essa espécie de responsabilidade no âmbito do sistema tradicional, assim como estabeleceu de modo taxativo as infrações penais passíveis de serem imputadas à pessoa jurídica. A lei de adaptação (Lei 92-1336/1992) alterou inúmeros textos legais para torná-los coerentes com o novo Código Penal, contendo, inclusive, disposições de processo penal, no intuito de uma harmonização processual.

assessoriedade administrativa<sup>111</sup>, somada à dificuldade de definição da afetação do bem jurídico meio ambiente. Por estes motivos, ainda não encontramos rumos seguros para sua aplicação.<sup>112</sup>

Por conta dos graves desacertos presentes nesta lei, Costa conclui que a intervenção penal não se vislumbra útil instrumentalmente à proteção ambiental e que a Lei de Crimes Ambientais está inserida em um contexto de uso simbólico do direito penal. Dito isso, a autora argumenta:

O que essa crítica nos revela é que o direito penal simbólico produz efeitos extremamente negativos, tais como manter aberta a porta para a intervenção estatal e a consequente possibilidade de abusos, além de dificultar ou impossibilitar uma reflexão adequada sobre a questão ambiental.

Dessa maneira, ocorre um processo de despolitização, descontextualização e individualização dos conflitos ambientais em razão do uso do direito penal, já que o sistema penal é usado para a formação de mitos, para passar a ideia de que medidas materiais protetoras do meio ambiente estão sendo tomadas. Com isso, deixa-se de refletir sobre os problemas ambientais e de procurar soluções adequadas a eles.<sup>113</sup>

Fora da dogmática penal, outras questões relacionadas ao tema são objeto de discussão, como a ausência de previsão processual específica para os entes coletivos<sup>114</sup>, assim também acerca da seleção da malha penal direcionada muito mais à detecção de delitos praticados por pequenas empresas, uma vez que estas possuem uma complexidade menor de organização do que as grandes empresas<sup>115</sup>. Como resultado dessa potencialização da seletividade do sistema penal, é perceptível a oposição ao fim político criminal que justificaria o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que evidencia o uso simbólico do direito penal.

<sup>111</sup> A assessoriedade administrativa se caracteriza pelo preenchimento de elementos do tipo penal por intermédio de conceitos, normas ou atos oriundos do direito administrativo, em desacordo à centralidade que ocupa o princípio da legalidade no direito penal.

<sup>112</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. 255 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Penal, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 130.

<sup>113</sup> Ibidem. p. 142.

<sup>114</sup> Sobre a problemática, Moreira destaca que “a Lei 9.605/98 não estabeleceu qualquer regra procedimental ou processual a respeito de um processo criminal em relação a uma pessoa jurídica, o que torna absolutamente impossível a instauração e o desenvolvimento válido de uma ação penal nestes termos”. O autor prossegue indicando exemplos de dificuldades existentes quando se trata de um processo penal cujo acusado é uma pessoa jurídica, entre os quais o questionamento sobre a quem são dirigidos os atos processuais de cientificação, regras para o interrogatório, acerca do direito ao silêncio, admissão de confissão, regras de competência, interesse recursal e aplicação de institutos da Lei 9.099/95. MOREIRA, Rômulo de Andrade. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 331-352. p. 341.

<sup>115</sup> Sobre o tema: “[...] quanto mais complexa a organização empresarial, mais difícil será o processo de imputação das condutas praticadas. Portanto, o direito penal apenas conseguirá lidar com condutas realizadas em contextos de pequenas ou médias empresas, razão pela qual a seletividade do sistema se acentua. Isso mostra que a possibilidade de conferir respostas abrangentes e efetivas por meio do direito penal é ilusória, sendo mais sensato, também em termos funcionais, respeitar o mandamento oriundo dos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio* e limitar a intervenção penal, reservando-a aos âmbitos em que outros meios não se mostraram efetivos”. COSTA, Helena Regina Lobo da. op. cit., p. 94

Diversas são as críticas endereçadas à Lei de Crimes Ambientais e o modo pelo qual estabeleceu a aplicação de penas voltadas à pessoa jurídica e pela insuficiência de suas especificações, uma vez que suas bases foram elaboradas sobre preceitos de direito penal liberal, o que gera inúmeras deficiências para sua aplicação.

Os defensores da tutela penal ambiental e do instituto<sup>116</sup> se apoiam quase que exclusivamente na proteção do bem jurídico meio ambiente<sup>117</sup>, que é de suma importância, mas cuja defesa alicerçada no direito penal exige um papel que afeta de modo irreversível a utopia de um direito penal mínimo, democrático e de perfil garantista, pois “nenhum apego à ciência penal pode justificar o desejo de se utilizar, ilegítima e inutilmente, do instrumento que mais causa danos aos direitos fundamentais e, especialmente, à liberdade”<sup>118</sup>.

### 3 SITUANDO A CULPABILIDADE

A adoção da responsabilidade penal do ente coletivo traz intensos debates dogmáticos relacionados aos elementos da teoria do delito, alguns dos quais foram abordados no item 1.2.2. A condução do estudo aqui proposto parte de uma concepção da teoria do delito, como bem ressalta o professor Juarez Tavares, que “busca estabelecer os parâmetros pelos quais o poder de intervenção seja delimitado, a fim de não violar os fundamentos do Estado Democrático de Direito [...] e está vinculada a reflexões científicas sobre os elementos caracterizadores da conduta criminosa.”<sup>119</sup>

A escolha da análise da culpabilidade em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica se dá em virtude da centralidade deste elemento na construção dogmática e no seio das discussões doutrinárias sobre a teoria do delito, assim como por ser a culpabilidade o foco principal

---

<sup>116</sup> Em defesa, a doutrina ambiental de Sirvinskas: “Com o advento da Lei n. 9.605/98, o legislador ordinário procurou atender a uma reivindicação antiga e necessária, buscando sistematizar a tutela penal ambiental, ao criar a figura da responsabilidade penal da pessoa jurídica.”. SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 138.

<sup>117</sup> Embora haja preocupação com a proteção do bem jurídico meio ambiente, essa dificilmente é alcançada tendo como instrumento o direito penal. Costa ressalta que “o direito penal simbólico, na esfera ambiental, dificulta o desenvolvimento de novas instâncias para o trato dos problemas relacionados ao meio ambiente, sobretudo nas hipóteses em que a origem da lesão ambiental não é precípua e decisivamente oriunda de uma conduta individual. Sob seu verniz estigmatizador, a tutela penal consiste, em grande parte, em uma velada manutenção do *status quo* econômico, político e social no que se refere às atitudes em face do meio ambiente. Em vez de proteger, ela impede o surgimento de vias aptas à proteção, por meio da descontextualização, da despolitização e da individualização. E, como analisado até aqui, há motivos fortes para suspeitar que esse processo contraprodutivo venha acontecendo no Brasil”. COSTA, Helena Regina Lobo da. op. cit., p. 134.

<sup>118</sup> Ibidem. p. 144.

<sup>119</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 28.

de incompatibilidade dessa nova forma de responsabilização. Isso ocorre porque a culpabilidade foi construída dogmaticamente como a máxima expressão da valoração do subjetivo.

As dificuldades se apresentam não apenas no reconhecimento da capacidade da pessoa jurídica ser passível de reprovação pessoal, mas também na adoção de um conceito de culpabilidade que seja capaz de estabelecer limites, de forma que a responsabilidade penal não se converta em responsabilidade objetiva.

A dogmática penal contemporânea entende o fato punível com base no tipo de injusto e na culpabilidade. Essas categorias elementares se relacionam e são contemplados na fórmula de GRAF ZU DOHNA de que o injusto é o objeto da valoração e a culpabilidade o juízo de valoração.<sup>120</sup>

O professor Juarez Cirino dos Santos, sustenta que a expressão contemporânea dominante do conceito normativo de culpabilidade representa

um juízo de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto, um juízo de reprovação sobre o sujeito (quem é reprovado), que tem por objeto a realização do tipo de injusto (o que é reprovado) e por fundamento (a) a capacidade geral de saber (e controlar) o que faz, (b) o conhecimento concreto que permite ao sujeito saber realmente o que faz, e (c) a normalidade das circunstâncias do fato que confere ao sujeito o poder de não fazer o que faz (porque é reprovado).<sup>121</sup>

Este capítulo tem como intuito delinear e situar a função e o conteúdo da culpabilidade individual dentro da dogmática, assim como as suas variadas construções para que, determinado tal quadro, possam ser analisados os modelos teóricos relativos à tentativa de construção de uma culpabilidade aplicada à pessoa jurídica e a capacidade de convergência com a dogmática penal tradicional.

### 3.1 DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

A análise do desenvolvimento do conceito de culpabilidade é importante para compreensão das bases teóricas da doutrina finalista, com a percepção de que não houve um percurso evolutivo linear nas construções teóricas, motivo pelo qual ainda ocorrem revisitações de concepções pretéritas, pois o conceito normativo de culpabilidade é produto de mais de um século de controvérsia sobre sua estrutura.

O desenvolvimento da culpabilidade como conceito autônomo posicionado na teoria do delito teria se dado com Von Liszt, que distinguiu a antijuridicidade e a culpabilidade como elementos do crime, e sua evolução teórica passa por concepções como a teoria psicológica da

<sup>120</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. Curitiba: Icp, 2014. p. 275.

<sup>121</sup> Ibidem. 276.

culpabilidade, entendendo-a, assim, como o vínculo psicológico (subjetivo) entre o agente e o fato.<sup>122</sup>

A fim de superar essa teoria, assistiu-se o desenvolvimento, por obra de Reinhard Frank, da concepção normativa da culpabilidade, entendida como reprovação por uma vontade valorada como defeituosa, com a inserção do elemento normativo e permitindo englobar também a culpa inconsciente.<sup>123</sup>

Com a inserção dos elementos da consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, sob influência do finalismo a concepção normativa de culpabilidade foi se impondo até a doutrina contemporânea<sup>124</sup> dentro da denominada teoria normativa pura (teoria finalista).

### 3.1.1 Conceito psicológico de culpabilidade

O direito penal primitivo é marcado pela sanção em virtude da causa de um resultado, com a predominância do aspecto objetivo e a minimização do aspecto subjetivo do injusto. Conforme avança ao que está mais próximo de nossa cultura, o aspecto subjetivo vai ganhando importância, com a enunciação do princípio da culpabilidade e a formulação do *nullum crimen, nulla pena, sine culpa*, o que alicerçou o significado de que não há delito sem subjetividade.<sup>125</sup>

Por volta do século XIX, foram elaborados os primeiros delineamentos da estruturação e definição contemporânea da culpabilidade. A transformação da teoria do delito advinda da distinção entre antijuridicidade e culpabilidade defendida por Von Liszt, ocorreu em um momento de predominância nas ciências sociais do método positivista que contribuiu para o surgimento da concepção psicológica da culpabilidade. Vinculada a essa concepção de Von Liszt, a culpabilidade é entendida enquanto vínculo psicológico/subjetivo (vontade e previsão) entre a conduta do autor e o resultado de sua ação, enquanto no plano objetivo a relação física era a causalidade.<sup>126</sup>

Conforme leciona Bitencourt,

Dentro dessa concepção psicológica, o dolo e a culpa não só eram as duas únicas espécies de culpabilidade como também a sua totalidade, isto é, eram a culpabilidade, na medida em que esta não apresentava nenhum outro elemento constitutivo. Admitia, somente, como seu pressuposto, a imputabilidade, entendida como capacidade de ser culpável. Ora, essa concepção partia do externo e interno, ou seja, de um lado, a parte exterior do fato punível - aspecto objetivo -, que era representada, primeiramente, pela antijuridicidade e,

<sup>122</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **op. cit.**, p. 59.

<sup>123</sup> TAVARES, Juarez. **op. cit.**, p. 413.

<sup>124</sup> **Idem.**

<sup>125</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981. Vol. III, p. 423.

<sup>126</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **op. cit.**, p. 441.

posteriormente, também pela tipicidade, e, de outro lado, sua parte interior, isto é, seus componentes psíquicos - aspecto subjetivo-, representada pela culpabilidade.<sup>127</sup>

O conceito psicológico de culpabilidade é formado pelos elementos de capacidade de culpabilidade (imputabilidade) e da relação psicológica do autor com o fato. O primeiro diz respeito à capacidade de compreender o caráter criminoso do fato e de querer em conformidade com essa compreensão, excluída ou reduzida quando na presença de imaturidade ou doença mental do aparelho psíquico. O segundo elemento, é relativo à existência da vontade e consciência de realizar o fato ou como resultado típico por imprudência, imperícia ou negligência.<sup>128</sup> Sobre a culpa inconsciente, desde que inexista vinculação psicológica do agente com o resultado, ela é estranha à culpabilidade em termos psicológicos.<sup>129</sup>

De acordo com a teoria psicológica, apenas causas que eliminassem o vínculo psicológico entre autor e resultado poderiam afastar a culpabilidade. Essas causas seriam o erro e a coação, a primeira eliminando o elemento intelectual, a segunda o elemento volitivo do dolo. Ou seja, a teoria psicológica apresentava limitação conceitual-dogmática e se apresentava insuficiente para tratar do crime culposo, da omissão e das causas de exculpação.<sup>130</sup>

Na forma dolosa, que é a forma mais elaborada pela teoria psicológica, a previsão deve estar acompanhada da vontade. As críticas traçadas a essa teoria, relacionam-se à impossibilidade de configurar um conceito de culpabilidade que trate das formas dolosa - enquanto elemento psicológico- e culposa - enquanto elemento normativo- , especialmente que abrangesse a culpa inconsciente, onde sequer há previsibilidade. Daí ser incoerente que a culpabilidade fosse algo puramente psicológico, quando sua forma culposa não apresenta caráter psicológico.<sup>131</sup>

A explicação de que na culpa consciente o caráter psicológico estaria relacionado à presunção de conhecimento do perigo, é incapaz de demonstrar que a previsibilidade encerre alguma relação psíquica efetiva, senão mera possibilidade. Tanto a previsibilidade quanto a previsão se mostraram insatisfatórias para caracterização da culpa, pois esta consiste não em algo psicológico, mas em algo normativo: a infringência do dever de cuidado.

Assim como o naturalismo-causalista enfrentava dificuldades em explicar a omissão, pois o injusto era construído sobre a ação, da mesma forma, ao construir a culpabilidade sobre o dolo, enfrentou dificuldade para abranger a culpa. Somadas as questões, não era possível explicar a culpabilidade pela omissão, pois essa mesma não era entendida no plano objetivo-externo como

---

<sup>127</sup> Ibidem. p. 442.

<sup>128</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. Curitiba: Icp, 2014. p. 277.

<sup>129</sup> REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2000. p. 126.

<sup>130</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 443.

<sup>131</sup> Idem.

fenômeno causal.<sup>132</sup> Ainda, a culpabilidade psicológica não era capaz de explicar a gradualidade da culpabilidade, por meio das causas que excluía ou diminuía a responsabilidade penal, as denominadas causas de exculpação, onde há presença do dolo e, em que pese exista nexo psicológico entre autor e o fato, não há culpabilidade.

Ante as limitações da teoria psicológica, que tão somente apresenta um dos elementos da culpabilidade, tal doutrina se encontra superada. Não obstante, consiste em uma importante fase histórica da evolução da matéria em comento e que abriu espaço para o surgimento do conceito de culpabilidade psicológico-normativo que, como veremos a seguir, conserva elementos de natureza psicológica.<sup>133</sup>

### 3.1.2 Conceito psicológico-normativo de culpabilidade (normativo-complexa)

Com o avanço da dogmática, a culpabilidade adota um conceito complexo, cuja distinção entre esta e o injusto não se faz através do critério objetivo-subjetivo, como na teoria psicológica. A culpa passa a ser tida como mínimo para que haja delito, o que não significa o requerimento da culpabilidade, porque esta passa a ser reprovabilidade, reprovação normativa e, conforme isso, para que haja delito não basta a culpa, mas também é necessário que essa culpa seja reprovável em relação ao autor.<sup>134</sup>

A teoria psicológica-normativa da culpabilidade foi fundada por Reinhard Frank, que a concebeu como reprovabilidade, sem afastar a presença do dolo e culpa, pois o aspecto psicológico destes últimos não esgotaria conteúdo da culpabilidade, que também precisa ser censurável. De modo que a culpabilidade passava a ser, concomitantemente, uma relação psicológica e um juízo de reprovação.<sup>135</sup>

Outro autor relevante para a teoria psicológico-normativa foi James Goldschmidt que distinguia norma jurídica, relacionada ao injusto, e norma de dever, relacionada à culpabilidade e de caráter subjetivo e individual, reduzindo a culpabilidade a um juízo de contrariedade ao dever. A norma de dever “tem existência independente, ao lado da norma de ação”<sup>136</sup>.

Além de Frank e Goldschmidt, Berthold Freudenthal pautou a culpabilidade na exigibilidade da conduta adequada ao dever como elemento central, ou seja, culpabilidade é a desaprovação da conduta do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente. Assim

<sup>132</sup> Ibidem. p. 443-444.

<sup>133</sup> Ibidem. p. 444.

<sup>134</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: Parte general III. Buenos Aires: Ediar, 1981. Vol. III, p. 424.

<sup>135</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 444.

<sup>136</sup> Idem.

também Mezger foi grande difusor dessa teoria e entendia a culpabilidade como reprovabilidade da conduta antijurídica. Seriam componentes da culpabilidade a imputabilidade (não seu pressuposto, como sustentado na teoria psicológica), o elemento psicológico-normativo entre autor e fato (dolo ou culpa - não mais como espécies de culpabilidade) e a ausência de causas especiais de exclusão da culpabilidade ou exigibilidade de conduta conforme ao Direito.<sup>137</sup>

A partir dela, dolo e culpa passam a constituir elementos da culpabilidade e não espécies de culpabilidade, visto que esse novo conceito de culpabilidade necessita de outros elementos para se aperfeiçoar. De forma que, ainda que haja dolo, pode não haver culpabilidade, pois a conduta não é censurável, como quando está presente alguma das causas de exculpação.<sup>138</sup>

A culpabilidade como juízo de valor sobre uma situação fática está fora do agente do delito, que passa a ser o objeto de um juízo de culpabilidade emitido pela ordem jurídica.

Dessa forma, o dolo passa a constituir-se, para essa teoria, dos seguintes elementos: a) um elemento intencional, volitivo, a voluntariedade; b) um elemento intelectual (previsão ou consciência), a previsão do fato; c) um elemento normativo, a consciência atual da ilicitude, configurando o que se denominou um dolo híbrido, isto é, psicológico e normativo.<sup>139</sup>

As críticas a essa teoria são direcionadas ao cometimento de crimes por delinquentes a que a criminologia tradicional chamaria de habitual ou por tendência. Com a adoção do dolo híbrido, que exigia a consciência da antijuridicidade do fato, surge a dificuldade em circunscrever a conduta do criminoso que, em virtude de seu meio social, praticava determinadas condutas ilícitas consideradas normais, esperadas pelo seu grupo social, e não apresenta consciência da ilicitude, elemento necessário à configuração do dolo. Somente se podia concluir que, ao não apresentar consciência da ilicitude, agia sem dolo e, portanto, era inculpável, pois agia sem culpabilidade.<sup>140</sup>

A fim de solucionar o conflito, Mezger construiu um adendo à culpabilidade normativa, a chamada “culpabilidade pela condução de vida”, que considerava como núcleo da culpabilidade o autor e não fato. Entretanto, essa concepção, ao perder de vista o fato em si, seu aspecto objetivo, leva a um arbítrio estatal desmedido, com o conseqüente enfraquecimento e desacordo com as

---

<sup>137</sup> Ibidem. p. 446.

<sup>138</sup> Ibidem. p. 447.

<sup>139</sup> Idem.

<sup>140</sup> Ibidem. p. 448.

garantias individuais, como os provocados em episódios históricos conhecidos, como o da Alemanha nazista<sup>141</sup>, podendo modelar, inclusive, a personalidade do agente.<sup>142</sup>

A superação dos impasses da teoria psicológico-normativa se deu com o advento da teoria finalista de Welzel, que, ao alterar a estrutura do crime, deu nova distribuição aos seus elementos constitutivos.

### 3.1.3 Conceito normativo de culpabilidade (normativa pura, extrema ou estrita)

A teoria psicológico-normativa, dominante na primeira metade do século 20, foi superada pela teoria finalista e o conceito pessoal de injusto de Welzel, que revolucionou a teoria do tipo e a teoria da culpabilidade por deslocar o dolo e a culpa da categoria da culpabilidade para a categoria de injusto (tipo penal), reduzindo os componentes da culpabilidade aos juízos de reprovação e exculpação.

A teoria finalista concretizou o ideário do conceito final de ação humana, que a ação não é causal mas final, ou seja, que a finalidade da ação tem como base o fato de que o homem “pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de seu agir, podendo, por isso mesmo, propor-se fins diversos e, conforme um plano, dirigir sua atividade à obtenção de tais fins”<sup>143</sup>.

Dessa forma, a estrutura do conceito normativo de culpabilidade da teoria finalista da ação, apresenta-se como: a) a capacidade de culpabilidade (imputabilidade), b) conhecimento real ou possível do injusto (consciência da antijuridicidade) e c) exigibilidade de comportamento conforme à norma<sup>144</sup> (em condições de normalidade das circunstâncias).<sup>145</sup>

<sup>141</sup> Ao comentar as mudanças que marcam a culpabilidade, o professor Juarez Tavares comenta que “essa polivalência do conceito de culpabilidade, de ser tratado ora como expressão da ação, no sentido de um vínculo causal subjetivo com o sujeito, ora como consequência de um defeito do sujeito ou de sua contrariedade ao dever, que dá lugar à sua concepção normativa, possibilita sua utilização de conformidade com a hegemonia dos programas de criminalização. No nazismo, por exemplo, foi amplamente usado o recurso de uma culpabilidade vinculada ao dever, mas também conforme as variações de enfoque, como reprovação pela conduta de vida ou pelos defeitos de caráter. TAVARES, Juarez. op. cit., p. 414.

<sup>142</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 448.

<sup>143</sup> Ibidem. p. 451.

<sup>144</sup> Importante observação crítica fazem os professores Alagia, Slokar e Zaffaroni ao ressaltar que “El reproche de la culpabilidad normativa basada en la autodeterminación tiene un incuestionable cuño ético, pero no puede ser considerado un reproche de esa naturaleza, porque esta pretensión naufraga ante la verificación de que el reprochado puede señalar que el poder no formula reproche alguno a otros que incurrieron en iguales y mayores injustos. Si el reproche jurídico es diferente del ético es, justamente, porque se le formula sólo al que se selecciona, o sea, que el estado no procede éticamente sino que usa elementos formales de la ética para reprochar personalizadamente a los seleccionados por el poder punitivo”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.p. 653.

<sup>145</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. Curitiba: Icp, 2014. p. 279.

A teoria finalista excluiu os elementos psicológicos que integravam a culpabilidade até então, deu origem a uma concepção normativa “pura” da culpabilidade e deslocou a finalidade (objeto da reprovação) ao centro do injusto.

Assim, a separação do tipo penal em tipos dolosos e tipos culposos, o dolo e a culpa não mais considerados como espécies (teoria psicológica) ou elementos da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas como integrantes da ação e do injusto pessoal, constituem um exemplo mais significativo de uma nova direção no estudo do Direito Penal, num plano geral, e a adoção de um novo conteúdo para a culpabilidade, em particular.<sup>146</sup>

Além da diferença acima apontada, o conceito finalista de culpabilidade incluiu a potencial consciência da ilicitude que fora extraída do dolo.

Ao tratar do tema, Bitencourt assinala que Maurach compreendeu que o conceito de responsabilidade é mais amplo que o de culpabilidade e concentrou esse conceito em dois graus de atribuíbilidade, um chamado de responsabilidade pelo fato e outro de culpabilidade, bases das possibilidades de reação do juiz penal. A responsabilidade pelo fato (não cumprimento de exigências dirigidas ao “homem médio”<sup>147</sup>) é requisito mínimo para aplicação de medida de segurança, enquanto a aplicação de pena requer a presença da culpabilidade (se o autor podia pessoalmente atuar de modo distinto e de acordo com as normas jurídicas).<sup>148</sup>

Entretanto, a redefinição de culpabilidade como reprovabilidade tem a natureza de uma definição formal e a explicação do porquê o sujeito é culpável ou reprovável é tarefa das definições materiais do conceito de culpabilidade.

### 3.2 DEFINIÇÕES MATERIAIS DO CONCEITO NORMATIVO DE CULPABILIDADE

O fundamento material da culpabilidade (fundamento ontológico) é definido pela liberdade de ação do sujeito, nessa possibilidade de agir de outra forma. Porém, essa tese da livre decisão do conceito de culpabilidade é um dado indemonstrável, motivo pelo qual não pode servir de fundamento da pena. Não pode ser um conceito ontológico, senão um conceito normativo que, ao contrário de descrever uma qualidade do sujeito, atribui uma qualidade a este.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 449.

<sup>147</sup> Ao comentar sobre a culpabilidade e a relação com a figura do homem médio, tão suscitada nos manuais de direito penal, Juarez Tavares é categórico: “A figura de um homem médio não existe, é fruto do positivismo, que pretende igualar a todos por meio da causalidade objetiva. O sujeito de que aqui se trata é a pessoa concreta, que realizou a ação, com todas suas qualidades e defeitos, esperteza e ignorância, agudeza de raciocínio ou dificuldade de compreensão. O sujeito concreto é que deverá ser levado em conta, se poderia ou não agir de outro modo”. TAVARES, Juarez. op. cit., p. 447.

<sup>148</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 455-456.

<sup>149</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. Curitiba: Icp, 2014. p. 280.

A fixação de um fundamento material importa à medida que o direito penal deve respeitar os princípios constitucionais no contexto de um Estado democrático, o que impõe que o preceito penal da culpabilidade se dirija a compatibilizar os valores fundamentais sociais com um mínimo de sacrifício da liberdade individual. A exigência de um certo grau de participação subjetiva do autor no fato, sua normalidade psíquica, o conhecimento da antijuridicidade, supõe que há um avanço para uma concepção democrática do direito penal, a fim de limitar o poder punitivo estatal.<sup>150</sup>

A tese da culpabilidade como fundamento da pena foi abandonada e deu lugar à tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, com a troca de uma função metafísica de legitimação da punição do Estado contra o indivíduo por uma função política de garantia de liberdade individual contra o poder do Estado. Ante a inexistência da culpabilidade, não pode existir pena ou intervenção estatal com fins preventivos, de forma que essa definição de culpabilidade tem papel de redefinição da dogmática penal na garantia dos indivíduos em face do poder punitivo estatal.<sup>151</sup>

A fim de entender o conceito material de culpabilidade, foram formuladas teorias entre as quais: a) a teoria do poder de agir diferente; b) teoria da atitude jurídica reprovada ou defeituosa; c) teoria da responsabilidade pelo próprio caráter; d) teoria do defeito de motivação jurídica e e) teoria da dirigibilidade normativa.<sup>152</sup>

A teoria do poder de agir diferente tem como seus principais expoentes Welzel e Arthur Kaufmann e fundamenta a reprovação da culpabilidade na possibilidade de o sujeito agir de outro modo. Assim, assume a hipótese indemonstrável concreta ou abstratamente do livre arbítrio como a base do poder de ação do sujeito.<sup>153</sup>

Por outro lado, a teoria da atitude jurídica reprovada ou da atitude defeituosa, a primeira que tem como seus principais nomes Jescheck/Weigend e a segunda Wessels/Beulke. Essa teoria fundamenta a culpabilidade na “livre autodeterminação de uma atitude reprovada ou defeituosa do autor na realização do tipo de injusto”. Porém, também assume a hipótese indemonstrável do livre arbítrio sem explicar o conteúdo do juízo de culpabilidade.<sup>154</sup>

A teoria da responsabilidade pelo próprio caráter fundamenta a responsabilidade através de bases deterministas pelo comportamento em características da personalidade. Porém, ao tomar

---

<sup>150</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 357.

<sup>151</sup> Ibidem. p. 281.

<sup>152</sup> Teorias que serão abordadas a partir da obra do professor Juarez Cirino dos Santos, “Direito Penal: Parte Geral”.

<sup>153</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2014. op. cit., p. 281.

<sup>154</sup> Ibidem. p. 282.

como base da culpabilidade o caráter, há que se reconhecer que não há culpa, e, ao assumir finalidades preventivas, abandona o significado político da culpabilidade como garantia individual.<sup>155</sup>

Além destas, a teoria da culpabilidade como defeito de motivação jurídica de Jakobs, fundamenta o Direito penal como estabilizador das expectativas normativas da comunidade através da pena como punição exemplar. Entretanto, o conceito central da teoria, assim como as teorias anteriores, não explica a gênese da culpabilidade.<sup>156</sup>

Por fim, a teoria da dirigibilidade normativa, fundamenta a reprovabilidade na “normal determinabilidade através de motivos” de LISZT, no “estado psíquico disponível ao apelo da norma existente dos adultos saudáveis”, conforme ALBRECHT, ou na capacidade de comportamento em conformidade à ordem jurídica, de ROXIN.<sup>157</sup> Não se funda na suposição de liberdade individual como metafísica, senão como uma regra de tratamento do direito perante os indivíduos.

Nesta concepção, a culpabilidade é formada pelos elementos empírico (autocontrole e exequibilidade normativa) e normativo (depende de atribuição normativa a possibilidade de conduta conforme o direito),<sup>158</sup> “cumprindo as tarefas simultâneas de fundamento da responsabilidade pelo comportamento social e de garantia política de limitação do poder punitivo, no moderno Estado Democrática de Direito”<sup>159</sup>.

Há críticas à teoria da dirigibilidade normativa, no sentido da indemonstrabilidade da liberdade de vontade, mas a impossibilidade de seu questionamento enquanto elemento de reconstrução comunitária da realidade.

Não obstante, a definição de culpabilidade como dirigibilidade normativa parece digna de registro: preservaria a função de garantia política do princípio da culpabilidade, como limitação do poder de punir, e indicaria as bases empíricas e normativas da responsabilidade pessoal pelo comportamento social, sem necessidade de pressupostos metafísicos indemonstráveis.<sup>160</sup>

Juarez Tavares sustenta que essa concepção corresponde exatamente ao sentido que a doutrina jurídica quer conferir ao processo de criminalização vigente. Contudo, persistem os antigos conceitos baseados no retributivismo ou no preventivismo baseados no juízo de reprovação. Por isso, o autor separa a culpabilidade como qualidade da ação e a culpabilidade como juízo de valoração.

---

<sup>155</sup> Ibidem. p. 282-283.

<sup>156</sup> Idem.

<sup>157</sup> Ibidem. p. 283.

<sup>158</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 83.

<sup>159</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2014. op. cit., p. 284.

<sup>160</sup> Ibidem. p. 284.

Como qualidade de ação, deve ser entendida como elemento de contenção, através do qual se procura, quando do cometimento do fato do injusto, se o sujeito pode ser excluído das consequências jurídicas relacionadas, ou seja, deixa de ser caracterizada como conduta criminosa. A culpabilidade deve ser analisada, para avaliação sobre a violação da ordem jurídica, sob a perspectiva dos elementos da conduta em face do agente e outro das consequências jurídicas, valendo-se das soluções menos rigorosas e, inclusive, não penais, para solução do conflito gerado.<sup>161</sup>

### 3.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS (IMPUTABILIDADE, CONSCIÊNCIA DE ILICITUDE, EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA)

Para que esteja caracterizada a culpabilidade de uma pessoa que haja cometido um fato típico e antijurídico, conforme a teoria do delito vigente no direito penal, é necessário que estejam presentes requisitos sem os quais não se configura a culpabilidade, ou seja, se o indivíduo tem capacidade para se sentir motivado pela norma. Sem eles, o fato típico e antijurídico não poderá ser atribuído ao seu autor e tampouco poderá ser sancionado com uma pena.<sup>162</sup>

Segundo a teoria normativa pura (a concepção finalista) são eles a capacidade de culpabilidade (ou imputabilidade), excluída ou reduzida pela menoridade ou por doenças e anomalias mentais; o conhecimento do injusto, excluído ou reduzido pelo erro de proibição; e a exigibilidade de conduta diversa, excluída ou reduzida por anormalidades configuradas nas situações de exculpação.

#### 3.3.1 Capacidade de culpabilidade

A culpabilidade está fundada em que o autor do fato típico e antijurídico tenha as faculdades físicas e psíquicas mínimas para que tenha seus atos motivados pela norma jurídica, o que designamos como imputabilidade ou capacidade de culpabilidade. Sem essa capacidade, o indivíduo não pode ser declarado culpável e não pode ser responsável penalmente de seus atos, ainda que típicos e antijurídicos.

A exigência de imputabilidade aparece, historicamente, como limitação da responsabilidade penal, como no caso das crianças e pessoas com doenças mentais que tinham a

---

<sup>161</sup> TAVARES, Juarez. op. cit., p. 419.

<sup>162</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. op. cit., p. 367.

pena substituída por outras medidas sem o mesmo sentido punitivo, visto que não possuíam liberdade de vontade.

As faculdades intelectuais humanas estão condicionadas também por fatores psíquicos e socioculturais, motivo pelo qual, atualmente, não se considera que a capacidade de culpabilidade, enquanto “juízo político sobre a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente em face de suas deficiências”<sup>163</sup>, seja uma problema relacionado unicamente a faculdades intelectivas e volitivas do sujeito, senão parte de um complexo processo de intenção e comunicação tratado pela psicologia moderna como motivação.<sup>164</sup>

O professor Juarez Tavares traz importante contribuição crítica ao ressaltar:

Na doutrina tradicional que trabalha sob a égide da liberdade de vontade e como um juízo de reprovação, a capacidade de culpabilidade é tratada como imputabilidade, dentro do âmbito da culpabilidade ou como seu pressuposto, como na teoria causal, ou seu elemento prévio estrutural, nas demais teorias, a partir da teoria finalista. De acordo, porém, com a estrutura da ação performática, a questão da imputabilidade não é propriamente uma questão de culpabilidade, mas um dado relevante da teoria da ação, mais precisamente para a própria configuração do injusto. Como a imputabilidade é avaliada negativamente, o procedimento na ação será o de verificar se, efetivamente, o agente está ou não em condições de se orientar em face da norma como pessoa deliberativa.

[...]

A pessoa deliberativa é aquela que se insere no campo do Estado democrático como partícipe no processo de produção normativa e, assim, capaz de efetuar uma avaliação de sua própria conduta e da conduta dos demais diante dos fatores de referência postos pela norma. Não basta, para ser uma pessoa deliberativa, ter acesso à norma, recepcioná-la ou reagir conforme seus apelos.<sup>165</sup>

A capacidade de culpabilidade é atributo jurídico de indivíduos com desenvolvimento biológico e psíquico necessários para compreensão de suas ações e orientação de seu comportamento conforme esta compreensão, sem os quais a culpabilidade é excluída ou reduzida.<sup>166</sup>

### 3.3.2 Conhecimento do injusto

O conhecimento da antijuridicidade é elemento da culpabilidade e o que dá sua razão de ser, pois a função de motivação da norma penal só pode ser eficazmente exercida a nível individual, se esse indivíduo tinha consciência da proibição do fato proibido pela lei penal (típico e antijurídico). Caso contrário, não poderíamos falar de motivação da abstenção à prática deste fato.

<sup>163</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 455.

<sup>164</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García, op. cit., p. 362.

<sup>165</sup> TAVARES, Juarez. op. cit., p.455-456

<sup>166</sup> Tratam da incapacidade de culpabilidade os artigos 26, 27, 28, §1º, do Código Penal e o artigo 45 da Lei 11.343/06. Acerca da capacidade relativa de culpabilidade o artigo 26, parágrafo único do Código Penal.

Basta para isso que o autor tenha motivos suficientes para ter conhecimento de que o fato cometido é juridicamente proibido. Ainda que parte da doutrina trate de um conhecimento potencial da antijuridicidade, é necessário assinalar que se amplia desmesuradamente a possibilidade de considerar culpável a todo aquele que, com capacidade de culpabilidade, pratica um fato típico e antijurídico, pois sempre cabe possibilidade de que pudesse conhecer a proibição.<sup>167</sup>

Em virtude da função de motivação da norma penal estar atrelada a uma função de comunicação e participação relacionada ao processo social do indivíduo, o conhecimento da antijuridicidade, assim como os demais elementos subjetivos da teoria do delito, requer do juiz uma valoração dos distintos componentes psicológicos e sociais incidentes no comportamento do autor. Dessa forma, quem desconhece a antijuridicidade do ato, atua em erro de proibição.<sup>168</sup>

Embora não seja objeto do presente trabalho, importa referir que a posição sistemática do conhecimento do injusto gerou duas teorias, a teoria do dolo (conhecimento do injusto integrante do conceito de dolo) e a teoria da culpabilidade (conhecimento do injusto como integrante do conceito de culpabilidade).

A teoria da culpabilidade é vinculada à teoria finalista da ação e se divide entre conhecimento do fato e conhecimento do injusto do fato, este último como fundamento do juízo de reprovação, e que vão determinar a distinção entre erro de tipo, que exclui o dolo, e erro de proibição, que exclui ou reduz a reprovação. O erro de proibição tem por objeto a natureza proibida ou permitida da ação típica.<sup>169</sup>

Ainda, a teoria da culpabilidade apresenta duas vertentes, a teoria extrema, que atribui as mesmas consequências a todas as modalidades do erro, e a teoria limitada, dominante na doutrina e jurisprudência atual e que atribui distintas consequências ao erro de proibição. São eles o erro de proibição direto, que tem por objeto a lei penal, o erro de proibição indireto, que tem por objeto os limites jurídicos de causa de justificação legal ou existência de causa de justificação não prevista em lei, o erro de tipo permissivo, que tem por objeto os pressupostos objetivos de justificação legal.<sup>170</sup>

### 3.3.3 Exigibilidade de conduta diversa

---

<sup>167</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García, op. cit., p. 382.

<sup>168</sup> Idem.

<sup>169</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. Curitiba: Icp, 2014. p. 299-300.

<sup>170</sup> Ibidem. p. 300.

Presentes os dois primeiros elementos, imputabilidade e conhecimento do injusto, fica caracterizada materialmente a culpabilidade, o que não implica a reprovação de culpabilidade automática pelo ordenamento jurídico-penal. Em determinadas circunstâncias de realização de ações em que o autor não teria nenhuma espécie de controle sobre o desenrolar dos fatos, a reprovação pode ser renunciada e levar à exculpação ou absolvição do agente.

O conhecimento do injusto não é suficiente para fundamentar a reprovação da resolução de vontade. Situação que deve ocorrer apenas quando o autor, capaz de culpabilidade, podendo ter atuado de forma diversa, ou seja, se tivesse condições de agir conforme o ordenamento jurídico e de acordo com o conhecimento do injusto, assim não o fez.

A normalidade das circunstâncias é o fundamento da exigibilidade de atuar conforme ao direito e não como resolução de vontade antijurídica. Assim, conforme assinala o professor Juarez Cirino dos Santos, como terceiro estágio do juízo de culpabilidade, no exame das circunstâncias da ação

[...] finalmente, o último estágio da pesquisa do juízo de culpabilidade consiste no exame da normalidade/anormalidade das circunstâncias de realização do tipo de injusto por um autor capaz de culpabilidade, com conhecimento real ou possível da proibição concreta: circunstâncias normais fundamentam o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito; circunstâncias anormais podem constituir situações de exculpação que excluem ou reduzem o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito: o autor reprovável pela realização não justificada de um tipo de crime, com conhecimento real ou possível da proibição concreta, é exculpado pela anormalidade das circunstâncias do fato, que excluem ou reduzem a exigibilidade de conduta diversa.<sup>171</sup>

Portanto, existem situações extraordinárias que diminuem a motivação do agente de atuar conforme ao direito, ainda que se trate de sujeito com capacidade de culpabilidade e conhecimento do injusto. Nessas condições, se configura a inexigibilidade de outra conduta, que elimina o terceiro elemento e afasta a culpabilidade.

A capacidade individual de atuar de outro modo e o conseqüente juízo de reprovação esgotariam o conteúdo da culpabilidade. Desse modo, a culpabilidade é fundamento e limite da pena, e cumpre sua função garantista de limite do poder punitivo estatal, com a pena concebida como retribuição da culpabilidade e sem espaço para ponderações de necessidades preventivas.<sup>172</sup>

As situações de exculpação são hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso, pois podem excluir ou reduzir a dirigibilidade normativa. Entre as situações de exculpação legais temos a coação irresistível, a obediência hierárquica e o excesso de legítima defesa real por defeito emocional e excesso de legítima defesa putativa por defeito emocional. As situações de exculpação

<sup>171</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2014. op. cit., p. 321-322.

<sup>172</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 459.

supralegal compreendem o fato de consciência, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres.<sup>173</sup>

### 3.4 ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO TRADICIONAL DE CULPABILIDADE APLICADO ÀS PESSOAS JURÍDICAS

A construção dos elementos da culpabilidade, assim como sua transformação no decorrer do desenvolvimento dogmático da teoria do delito, evidencia que, desde a concepção psicológica, a formulação da culpabilidade tem base antropológica e foi elaborada com fulcro nas características humanas. Ante a ausência de aparelho psíquico nos entes coletivos, é muito difícil fundamentar um vínculo psicológico entre pessoa jurídica e um fato criminoso.

A partir da visibilidade e destaque da teoria final da ação de Welzel e a concepção normativa pura da culpabilidade, a culpabilidade da pessoa jurídica passa a ser tratada sobre enfoque distinto das teorias causal-naturalista e neokantiana.

A crítica da aplicação do conceito de culpabilidade finalista em relação às pessoas jurídicas se dá em torno da inadequação desta aos elementos integrantes da culpabilidade, quais sejam, a capacidade de culpabilidade, conhecimento do injusto e exigibilidade de conduta diversa.

A capacidade de culpabilidade e o conhecimento do injusto indicam se o agente sabe o que faz, que fundamenta o juízo de reprovação. A exigibilidade de comportamento diverso, fundado na normalidade das circunstâncias da ação, indica se o agente teria a possibilidade de não fazer o que fez, poder agir de outro modo, que exclui a culpabilidade em situações de exculpação específicas, não pode ser empregado na ação da pessoa jurídica.<sup>174</sup>

A capacidade penal não está presente nas pessoas jurídicas, porque os requisitos de maturidade e sanidade mental são inaplicáveis ao ente incorpóreo, cujas deliberações e votos, conformam uma vontade coletiva de um ente sem capacidade cognitiva. Os critérios para constatação de tal capacidade foram elaborados tomando como base o sistema biológico, a existência ou não de doença mental; o sistema psicológico; o sistema misto ou biopsicológico, fruto da combinação dos sistemas anteriormente citados; estão em dissonância ao eterno estado de inconsciência das pessoas jurídicas.

Neste sentido, o professor Juarez Cirino dos Santos apresenta hipótese absurda acerca da independência da capacidade penal da pessoa jurídica outorgada pela Lei n. 9.605/98:

---

<sup>173</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2014. op. cit., p. 324-332.

<sup>174</sup> Para partimos à análise da culpabilidade, aqui, a título de argumentação, presume-se como superado o questionamento sobre a possibilidade de ação da pessoa jurídica, que também é objeto de discussão doutrinária.

A hipótese de uma vontade coletiva ou pragmática deliberada em reunião de pessoa jurídica constituída por 2 sócios inimputáveis por doença mental, conduziria a situações de delírio jurídico: a) se a capacidade penal da pessoa jurídica é independente da capacidade penal das pessoas físicas dos sócios, então é preciso explicar de que modo pessoas físicas inimputáveis - portanto, incapazes de vontade válida - podem produzir uma vontade coletiva imputável - ou seja, uma vontade juridicamente válida - à pessoa jurídica; b) ao contrário, se a capacidade penal da pessoa jurídica depende da capacidade penal da pessoa física dos sócios, então a lei não poderia dizer que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é independente da responsabilidade penal da pessoa física dos sócios.<sup>175</sup>

Seguindo no exame dos elementos da culpabilidade, o conhecimento do injusto (potencial conhecimento da ilicitude) tem por base a capacidade de compreensão do autor sobre a prática de conduta contrária ao ordenamento jurídico. Como o primeiro elemento, esse conhecimento da ilicitude também exige a existência de aparelho psíquico que permita a percepção das circunstâncias externas ao fato e se ação cometida está ou não em conformidade com as normas jurídicas.

Podemos afirmar, então, que a pessoa jurídica não tem capacidade de formular uma consciência da ilicitude, pois “a psique coletiva formadora da vontade pragmática das reuniões, deliberações e votos é uma ficção incorpórea sem existência real, incapaz de representar a natureza proibida do tipo de injusto”<sup>176</sup>.

No tocante ao último elemento da culpabilidade finalista, também encontramos entraves dogmáticos para a responsabilização penal da pessoa jurídica. Isto é, as situações de exculpação relacionadas à anormalidade das circunstâncias dos fatos e que configuram a inexigibilidade de conduta diversa também são inaplicáveis à pessoa jurídica, pois levam em consideração características psíquicas, como a livre determinação de vontade, pressões ou perturbações emocionais excludentes ou redutoras da dirigibilidade normativa, próprias das situações de exculpação legais ou supralegais.<sup>177</sup>

Ainda que considerada válida a emanção de vontade dos entes coletivos com fundamento nas decisões de órgãos ou conselhos, a construção tradicional da culpabilidade aplicável à teoria do delito se revela insuficiente para amparar a culpabilidade da pessoa jurídica. Da mesma forma que ocorre com as doutrinas de ação baseadas na vontade,<sup>178</sup> o conceito finalista de culpabilidade foi elaborado a partir da ação de seres humanos, sem considerar especificidade de um ente coletivo.

<sup>175</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2013. op. cit., p. 287.

<sup>176</sup> Idem.

<sup>177</sup> Ibidem. p. 288.

<sup>178</sup> Neste sentido é a observação de Luis Gracia Martín “El elemento portador de la posibilidad de imputación jurídico-penal es en cualquier caso sólo el ejercicio de la voluntad, en sentido psicológico, y el proceso de su formación. Si la acción es concebida, como yo la entiendo, como ejercicio de actividad finalista y la omisión como no realización de una acción finalista, entonces es evidente que la persona jurídica carece de capacidad de acción

A problemática da culpabilidade da pessoa jurídica exigiria a adaptação do Direito Penal também em relação à sua natureza, porque seus pilares foram desenvolvidos voltando-se a pressupostos inerentes ao ser humano.

## 4 A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA PERANTE A CULPABILIDADE

### 4.1 MODELOS TEÓRICOS DE CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Diante das dificuldades para fundamentação da culpabilidade dos entes coletivos através do conceito tradicional de culpabilidade que se constrói tendo por base as pessoas naturais, foram desenvolvidas teorias que buscam aplicar o conceito de culpabilidade às empresas, seja de forma direta ou derivada. Para a melhor compreensão de tais teorias, é necessário realizar a desvinculação das bases tradicionais da responsabilidade penal.

Para tanto, encontramos concepções que não pretendem a apuração de uma culpabilidade da pessoa jurídica, ainda relacionando-a à verificação na pessoa física (sistema de responsabilização penal por fato alheio, responsabilidade vicarial ou por transferência), também conhecidas como heterorresponsabilidade; modelos atrelados à culpabilidade autônoma da pessoa jurídica (responsabilidade por fato próprio), denominado também de autorresponsabilidade; e pelos equivalente funcionais.<sup>179</sup>

Nos sistemas de responsabilização por fato alheio, a punição da pessoa jurídica se fundamenta em ato cometido por outra pessoa, como um representante legal, modelo em que

---

en el sentido del derecho penal. Pero a la misma conclusión habrá que llegar aun cuando se parta de una concepción de la acción como mera causación *voluntaria* de un resultado, pues la exigencia de que éste sea causado precisamente por un acto voluntario implica ya una voluntad en sentido psicológico”. MARTÍN, Luis Gracia. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91-128. p. 96-97.

<sup>179</sup> Importa mencionar que, a despeito destas teorias, alguns autores sustentam ser possível renunciar à capacidade de ação e de culpabilidade, tendo em conta a finalidade que se pretende atingir alicerçada em um princípio legitimador que fundamente essa tipo de responsabilidade de forma suficiente, tendo em conta aspectos de justiça, a necessidade de proteção do bem jurídico e a dificuldade em apurar o autor individual concreto. Como expõe García Caveró: “Los autores que defienden la posibilidad de imponer sanciones penales aunque la persona jurídica adolezca de falta de culpabilidad, recurren a algún otro fundamento que sustente la mposición de sanciones penales a las personas jurídicas. En esta línea discurren los planteamientos de SCHÜNEMANN, con base en su criterio del estado de necesidad preventivo de protección de bienes jurídicos, o ALWART, quien fundamenta una responsabilidad subsidiaria por no imposición de pena a las personas individuales por la organización de la empresa. En el ámbito iberoamericano autores como BAJO FERNÁNDEZ, con su concepto de responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad, y BAIGÚN, con su concepto de responsabilidad social han intentado también fundamentar las sanciones a las personas jurídicas con principios distintos a la culpabilidad”. GARCÍA CAVERO, P. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Derecho Penal y Criminología**, v. 26, n. 78, p. 137-144, 11. p. 141.

ocorre transferência de responsabilidade e é imputada à pessoa física ato praticado por pessoa natural. O entrave relativo a essa concepção se dá na definição de quais as pessoas físicas cujas ações refletem na imputação penal da pessoa jurídicas e quando os atos praticados por pessoas físicas vinculam o ente coletivo.

A fim de delimitar a atribuição de responsabilidade por fato alheio, foram formuladas as teorias da função, em que a pessoa jurídica responde pelos atos praticados por representantes ou órgãos que atuem no exercício da atribuição de poderes de representação e administração, e do interesse, que imputada às pessoas jurídicas as ações praticadas por pessoas físicas no interesse ou benefício da empresa. Contudo, a doutrina destaca o problema de legitimidade e cerceamento de direitos fundamentais:

El modelo anglosajón de “vicarious liability” adolece de graves defectos por ser contrario principalmente a la prohibición de la responsabilidad penal por hechos ajenos y al principio de personalidad de las penas e implica, además, una responsabilidad objetiva (que deviene en injusticia cuando el directivo o empleado han infringido los programas de cumplimiento o sus actuaciones son contrarias a la política corporativa). Sin embargo, podría ser considerado constitucionalmente admisible si se parte de que las personas jurídicas no son titulares de “derechos fundamentales” o, al menos, no de los mismos que las personas físicas, de modo que todo aquello ciertamente cuestionable en este ámbito (principio de culpabilidad, *non bis in idem*, presunción de inocencia, etc.) simplemente se evaporaría del panorama de la discusión o al menos podría relajarse el estricto garantismo penal en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica sin aparente merma de derechos.<sup>180</sup>

Essa concepção, parece implicar na reafirmação da incapacidade de culpabilidade da empresa, pois busca a solução do impasse na apuração da culpabilidade dos indivíduos na tentativa de justificar o sancionamento do ente coletivo de que faz parte e aplica o instituto da representação, próprio do Direito Civil, mas inadequado ao Direito Penal.<sup>181</sup> Ademais, aplicada a compensação e havendo uma única culpabilidade com duplo sancionamento, da pessoa física e jurídica, estaríamos diante de *bis in idem*.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> PASAMAR, Miguel Ángel Boldova. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p. 219-263, nov. 2013. p. 231.

<sup>181</sup> Acerca da temática, é a crítica de Alex Van Weezel “Si el derecho penal tomara en serio a las personas jurídicas –como lo hacen, por ejemplo, el derecho mercantil y el derecho administrativo– no debería sancionar a las personas naturales que encarnan sus órganos y que realizaron las conductas típicas (a no ser que éstas hayan desplegado un comportamiento adicional de intervención delictiva, al margen de sus atribuciones y actividades como órganos del ente moral). Del hecho que ello no ocurra se deduce que para el derecho penal las personas jurídicas son personas sólo en sentido muy restringido y que, cuando se las “castiga”, en realidad se quiere influir sobre las decisiones que toman las personas naturales que las controlan o administran. Se asume implícitamente que sólo las personas naturales pueden delinquir, pero se imponen cargas a las personas jurídicas para incrementar los incentivos que tienen los administradores o controladores para prevenir el delito”. VAN WEEZEL, Alex. *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. **Política Criminal**, Talca, v. 5, n. 9, p. 114-142, jul. 2010. Semestral.

<sup>182</sup> *Ibidem*. p. 105.

Considerando a problemática apresentada pela teoria da heterorresponsabilidade, doutrina e jurisprudência têm realizado a defesa de um modelo de responsabilidade singularizada, em que as ações da pessoa jurídica são tratadas de forma independente a da pessoa física.

No modelo de responsabilidade por fato próprio, a ação cometida é atribuída ao ente coletivo sem a necessidade de um intermédio de uma ação da pessoa natural trasladada à empresa, configurada aqui a responsabilidade autônoma e originária, de forma que articula a responsabilidade sobre a base de um injusto próprio e/ou de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica.<sup>183</sup>

Por ser a autorresponsabilidade adotada pelos tribunais superiores, como será apresentado em tópico específico, e por considerá-la a que estaria mais próxima ao direito penal, uma vez que a heterorresponsabilidade baseia seus fundamentos no instituto da representação próprio do direito civil, optou-se por expor os modelos teóricos da teoria da autorresponsabilidade e dos equivalente funcionais.

Frente à ampla gama de modelos de autorresponsabilidade, serão apresentados em tópicos tão somente para facilitação da leitura e expostas também as críticas a esses modelos teóricos, que negam não apenas a culpabilidade, mas uma verdadeira responsabilidade de natureza penal da pessoa jurídica.<sup>184</sup>

#### 4.1.1 A culpabilidade pela consciência especial – A posição de Ernst Hafter

Ernst Hafter é apontado como um dos primeiros autores a formular um conceito de culpabilidade próprio da pessoa jurídica, que se configuraria com o acordo do conjunto de seus membros ou pela decisão de um órgão competente, através do qual se fundamenta a consciência especial do ente coletivo que permite a qualificação de sua atuação e vontade. A formação de vontade advém deste acordo conjunto ou dos órgãos competentes e a execução da vontade da atuação conjunta ou de indivíduos singulares concretos que podem, inclusive, estar fora da estrutura da pessoa jurídica.<sup>185</sup>

<sup>183</sup> PASAMAR, Miguel Ángel Boldova. op. cit., p. 233.

<sup>184</sup> Considerando estar em amplo desenvolvimento teórico a temática relativa à responsabilidade penal da pessoa jurídica, foi utilizado como referência para seleção e exposição das teorias examinadas a dissertação de Juliana Nunes Targino Barbosa, intitulada “**A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica**”, já citada ao longo deste trabalho e cuja referência completa se apresenta: BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>185</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Navarra: Aranzandi, 2012. *Apud* BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 108.

Contudo, ao não apresentar um conteúdo próprio que caracterize esta qualificação especial no agir ou querer, a definição não alcança esclarecimento desejável.

#### **4.1.2. A culpabilidade pelo espírito normativo da pessoa jurídica - A posição de Busch**

Para Busch, o ponto de partida é a ideia de um espírito normativo da pessoa jurídica que se expressa na ação delitiva e que exige que todos os indivíduos componentes da pessoa jurídica tenham o dever de atuar de forma a evitar a formação de um espírito normativo contrário ao direito. Porém, essa construção apresenta também problemas ao relacionar os efeitos da pena a indivíduos componentes do ente coletivo que não tenham concorrido com a produção do comportamento delitivo, ante a formulação de um dever abstrato negativo para todos os componentes da pessoa jurídica.<sup>186</sup>

#### **4.1.3 A culpabilidade pela organização - A posição de Klaus Tiedemann**

Klaus Tiedemann, ao fundamentar as exigências de culpabilidade das infrações administrativas, valeu-se de categorias sociais e jurídicas por entender que o conceito de culpabilidade como reprovação moral é somente incidente em pessoas naturais.

Desta forma, introduz um conceito de culpabilidade em sentido amplo, que pudesse ser uma responsabilidade orientada para referências jurídicas, a “culpabilidade por defeito de organização”, e que tem como critério a deficiência organizativa na empresa que abre espaço à prática de delitos. Segundo essa construção, a pessoa jurídica cumpriria papel de garante, pois deve se organizar para evitar que haja cometimento de crimes no bojo de suas atividades,<sup>187</sup> sendo destinatária de normas jurídicas de caráter ético.

A pessoa jurídica, ante a não observância do correto funcionamento ou eventual desleixo relacionado aos seus poderes de vigilância em face de seus membros, seria responsável criminalmente pela omissão na tomada de necessárias medidas preventivas à prática delituosa, assim também pela ausência de medidas positivas de segurança que visem extirpar o comportamento delitivo.

Para tanto, o autor utiliza a estrutura do “fato de conexão”, que implica no reconhecimento do fato delitivo como da própria pessoa jurídica, no caso de condutas praticadas pelos indivíduos

---

<sup>186</sup> Ibidem. p. 109-110.

<sup>187</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 111.

componentes de sua estrutura e em consequência da deficiência de organização.<sup>188</sup> Esse modelo antecede a culpabilidade para momento anterior à prática delituosa,<sup>189</sup> em virtude da má organização ou omissão da empresa e a conduta delituosa da pessoa física causada pela culpabilidade empresarial, que lhe é antecedente, aplicando o conceito do *actio libera in causa*<sup>190</sup>.

Embora essa elaboração proponha o distanciamento de conteúdos éticos ou morais que possam ser exigidos para responsabilização penal, não parece ser esse o resultado completo que obtém. O “dever das empresas de se organizarem corretamente é um dever próprio, não das pessoas que a compõem, havendo na linguagem da sociedade o reconhecimento da culpabilidade da própria empresa por tais deveres<sup>191</sup>, reconhecimento esse que não está isento de valorações éticas e morais”<sup>192</sup>.

Ao recorrer à omissão e à *actio libera in causa*, a crítica tem relacionado a teoria de Tiedemann a uma responsabilidade por fato alheio que traslada (transfere) os elementos do direito penal da pessoa natural à pessoa jurídica. Ainda, aponta que a teoria não elucida de onde deriva a responsabilidade pelo defeito de organização e se a culpabilidade imputada à pessoa jurídica, cujo conteúdo também é indefinido, é própria da empresa ou dos órgãos e representantes.

Se a teoria formulada por Tiedemann entende uma culpabilidade própria da empresa ao se referir à culpabilidade organizativa, permanece em aberto sua causa de origem e não supera a necessidade de uma decisão voluntária ou livre, assim como a previsibilidade. A utilização da *actio libera in causa* tampouco supera a ausência de fundamento material da culpabilidade.<sup>193</sup>

---

<sup>188</sup> Idem.

<sup>189</sup> SAGGESE, Silvina Bacigalupo. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: un estudio sobre el sujeto del derecho penal. 1997. 505 f. Tese (Doutorado) - Curso de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997. p. 194.

<sup>190</sup> Teoría elaborada para solucionar os casos que se apresentam em dissonância em relação à teoria geral do delito, nos quais, embora considerado inimputável, no momento da conduta, o agente tem responsabilidade pelo fato, como no caso da embriaguez preordenada. Ainda, sobre a teoria, “Sin embargo, la analogía entre la *actio libera in causa* y la responsabilidad de las personas jurídicas es discutible. La persona jurídica no tiene capacidad de culpabilidad (en sentido ético, siquiera social) ni en el momento de comisión del delito, ni tampoco en el momento anterior. Tampoco parece convincente recurrir al concepto social de culpabilidad, ya que también un concepto social de culpabilidad se fundamenta a partir de la idea de las capacidades de un individuo: el concepto social de culpabilidad libera al concepto de culpabilidad del clásico reproche ético, sustituyéndolo por un reproche social, pero ambos reproches se fundamentan en la libertad de decisión de una persona”. SAGGESE, Silvina Bacigalupo. op. cit., p. 195.

<sup>191</sup> Luis Gracia Martín faz observação importante: “Em mi opinión, la infracción de deberes de organización no puede ser una cuestión de culpabilidad sino de antijuridicidad (injusto). La infracción de tales deberes es precisamente lo que, a mi juicio, constituye el hecho antijurídico, que únicamente pueden realizar las personas físicas titulares del órgano y que ejercen la representación, y que sólo a éstas les puede ser reprochado con arreglo a los criterios de la culpabilidad individual. La infracción de los deberes relativos a la organización de la empresa se inscribe en el ámbito de la contrariedad a la norma objetiva de cuidado. Pero la cuestión de la infracción nos remite de nuevo al problema de la capacidad de acción y del destinatario de las normas de determinación. No me parece posible fundamentar, por tanto, una culpabilidad de la persona jurídica.” MARTÍN, Luis Gracia. op. cit., p. 122.

<sup>192</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 111.

<sup>193</sup> Ibidem. p. 113.

Acerca da omissão, a posição de garante da pessoa jurídica acaba cingindo à análise restrita ao tipo objetivo, não resolvendo a problemática da ausência de elementos subjetivos que justifiquem a imposição da pena, como a capacidade de evitar o dano.<sup>194</sup>

Além disso, a teoria é insuficiente de conteúdo, pois apenas aponta a deficiência organizativa, sem tratar sobre uma filosofia empresarial criminógena que levaria o ente coletivo a permitir ou incentivar atividades delitivas por meio de suas atividades. Nos casos em que não é possível apontar os autores do fato, tampouco é possível encontrar o fato de conexão que justificaria a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por fim, o defeito de organização não consistiria em culpabilidade do ente coletivo, mas sim em dado objetivo, sem possibilitar à empresa se eximir da responsabilidade, ou seja, inadmitir causas de exculpação.<sup>195</sup>

Ainda, se a justificativa para a sanção contra a pessoa jurídica deriva da dificuldade de identificação do autor individual do fato, muitas vezes porque não se consegue provar a autoria, então se evidencia que a regulação de sanções contra pessoas jurídicas é inadequada e contraditória desde o princípio. Apenas com a comprovação de um fato culpável pelo órgão, o que supõe a identificação do autor individual, será possível a imposição da sanção à pessoa jurídica. Quando não esteja provada a autoria individual, justamente o que está na base da justificativa da sanção da pessoa jurídica, está não poderá ser, contudo, aplicada.

Suas contribuições, entretanto, foram importantes para o desenvolvimento posterior do conteúdo material da culpabilidade do ente coletivo fundada na necessidade de organização e para um sentido normativo e ético-social. Outro ponto relevante é que, diferente da culpabilidade individual, situa a culpabilidade a um momento antecedente que refletirá sobre outras teorias, como a “culpabilidade pelo caráter empresarial e a “culpabilidade pela condução empresarial”<sup>196</sup>.

#### **4.1.4. A culpabilidade funcional do órgão – A posição de Hans-Jürgen Schroth**

Influenciado pela elaboração da culpabilidade Tiedemann, Schroth parte do reconhecimento da ação da capacidade de ação da empresa derivada da atuação dos membros componentes de sua estrutura.<sup>197</sup> Por outro lado, a culpabilidade do ente coletivo é reconhecida enquanto desvio dos deveres de comportamento de um modelo padronizado de “empresa média”

<sup>194</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. *Apud* BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 113.

<sup>195</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Normas y acciones en Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. *Apud* BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 113-114.

<sup>196</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 116.

<sup>197</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. *Apud* BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 117.

resultado de uma vontade coletiva defeituosa expresso através dos comportamentos humanos organizativamente agrupados na empresa.

A crítica formulada à teoria é de que não apresenta uma fundamentação senão positivista de seus argumentos e não esclarece a relação entre a culpabilidade individual e a empresarial, não superando o modelo de responsabilidade por fato de terceiro, ante a dependência da apuração de alguma decisão do órgão, nos termos das críticas formuladas a Tiedemann.

#### **4.1.5. A culpabilidade corporativa e a evitabilidade – A posição de Hans Joachim Hirsch**

O autor reconhece a ação da pessoa jurídica como derivada da estrutura do ente coletivo, das ações de seus órgãos ou representantes e, ao tratar da culpabilidade, parte da realidade social para fundamentá-la. Parte do pressuposto de que na realidade social é um fato tanto a aceitação da culpabilidade corporativa, como a formulação de juízos éticos sobre as empresas, como é o caso da culpa de uma empresa pela poluição.<sup>198</sup>

A construção teórica de Hirsch se diferencia da soma da culpabilidade dos indivíduos componentes da estrutura empresarial ao fundamentar o reconhecimento de uma culpabilidade corporativa.<sup>199</sup> Essa última possui conteúdo na evitabilidade do fato traduzida pela evitabilidade das deficiências de supervisão de atos de seus representantes ou outras falhas de organização que facilitem uma política criminógena da empresa e que consistiriam no fato de conexão da culpabilidade dos órgãos da pessoa jurídica. A consequência final é que a pessoa jurídica tem uma “responsabilidade coletiva” pelo fato.<sup>200</sup>

A proposta do autor não parece coerente, uma vez que os pontos de partida não são compatíveis com a pessoa jurídica, que o direito penal da responsabilidade individual não conhece a solidariedade da responsabilidade e não se trata de um modelo de responsabilidade própria e direta da pessoa jurídica.<sup>201</sup> Por se apoiar na apuração do “fato de conexão” e a verificação subjetiva do fato realizado pelo órgão componente da estrutura da empresa, distancia-se da autonomia de fundamento da culpabilidade empresarial.

<sup>198</sup> HIRSCH, Hans Joachim. La cuestion de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, n. 3, p. 1099-1124, 1993. Disponível em: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1993-30109901124](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1993-30109901124). Acesso em: 02 nov. 2020. p. 1099-1124.

<sup>199</sup> Ibidem. p. 1111.

<sup>200</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 119.

<sup>201</sup> SAGGESE, Silvina Bacigalupo. op. cit., p. 200.

#### 4.1.6 A culpabilidade pela condução empresarial - A posição de Gunther Heine

A doutrina de Heine, também conhecida como a teoria do domínio de organização funcional-sistemática, teve como objetivo delinear a fundamentação penal própria dos entes coletivos, que considerasse suas características peculiares. Para sua elaboração, parte do pressuposto de que a ação e culpabilidade das empresas têm sido categorias avessas à responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois os teóricos estariam tentando transferir concepções do Direito Penal adequadas à imputação individual a fim de abarcar a responsabilidade coletiva (entendida como organização complexa, de realidade autônoma em relação a seus membros).<sup>202</sup>

O resultado dessa tentativa é o desajuste da responsabilização para ambas as pessoas física e jurídica, quando os critérios de imputação à pessoa jurídica não se apresentam funcionais para tratar de realidades complexas das hierarquias organizativas e em que o ato criminoso singular nem sempre consegue ser identificado. Constata que nem o conceito de culpabilidade modificado, tampouco a aplicação de medidas de segurança como sanção têm capacidade de resolver o impasse, em virtude de serem formulados a partir da pessoa física.<sup>203</sup>

A proposta do autor concebe a culpabilidade pela condução da empresa, cujos requisitos sejam definidos normativamente, derivados do consenso social voltados para funções específicas equivalentes aos da culpabilidade individual e determinados pelo critério da “dimensão temporal”. Esse critério está relacionado à deficiência duradoura na previsão dos riscos da atividade e que constituiria não um fato culpável, mas um estado de fato culpável.<sup>204</sup>

A empresa ocuparia a posição de “garante de controle” com deveres de gerenciamento sobre os riscos próprios da atividade que desenvolve e a responsabilização penal da pessoa jurídica se orientaria pela existência de uma “administração incorreta do risco” e pela “materialização do perigo típico da empresa”. Assim, não haveria a necessidade de se recorrer a comportamentos individuais para fundamentar este tipo de responsabilização.<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup> HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. Trad. Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozzo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada**. Valência: Tirant lo blanch, 2001. *Apud* BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 120.

<sup>203</sup> HEINE, G., **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Untenehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen**, *Österreichische Juristeh-Zeitung* 6. 1996. *Apud* SAGGESE, Silvina Bacigalupo. op. cit., p. 203.

<sup>204</sup> HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. Trad. Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozzo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada**. Valência: Tirant lo blanch, 2001. *Apud* BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 121.

<sup>205</sup> *Ibidem*. p. 122.

A condição objetiva de punibilidade estaria representada na materialização dos perigos típicos da empresa, que é consequência dos processos cumulativos da deficiência organizativa apuradas dentro da individualidade do ente coletivo. E, em relação aos elementos subjetivos (dolo, culpa, consciência de ilicitude), estes seriam determinado por critérios sociais, como a possibilidade de se demonstrar o conhecimento do ente coletivo concreto das normas legais e de segurança vigentes, por exemplo<sup>206</sup>, e devem ser determinados de forma funcional de acordo com o tipo de empresa.<sup>207</sup>

No julgamento da culpabilidade pela condução da empresa, o julgador deverá demonstrar ter considerado a individualidade do ente coletivo concreto na apuração de deficiências organizativas ou culturais da empresa. Além da dimensão temporal, HEINE enfatiza a atitude empresarial, ou seja, o exercício deficiente do poder de organização em decorrência de uma decisão concreta determinada.<sup>208</sup>

Essa teoria apresenta vantagens na separação da responsabilidade individual e coletiva, o que impede a ampliação da responsabilidade do indivíduo, assim como não se afeta pelas dificuldades na apuração desta, e exige do ente coletivo maior responsabilidade em seus conhecimentos técnicos.<sup>209</sup>

Entretanto, algumas críticas foram dirigidas ressaltando que não se teria aproximado ao conceito de culpabilidade individual (culpabilidade pelo caráter), pois o conteúdo de comportamento defeituoso com consequências previsíveis não é paralelo ao da responsabilidade penal do indivíduo. Além disso, se funda na culpabilidade pelo caráter, conceito considerado ultrapassado e sem apoio teórico pelo Direito Penal individual moderno, por demonstrar valoração fundada em um Direito Penal do autor, embora alguns autores não percebam problema na adoção desse tipo no campo do Direito Penal das empresas, diante da possibilidade estatal de orientar a organização e condução dos entes coletivos.<sup>210</sup>

---

<sup>206</sup> Ibidem. p. 123.

<sup>207</sup> SAGGESE, Silvina Bacigalupo. op. cit., p. 205.

<sup>208</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 123.

<sup>209</sup> “De esta manera se acentúa la autorresponsabilidad empresarial, que con Heine puede formularse como un imperativo categórico: toda empresa debe comportarse (organizarse) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado – es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial. La empresa pasa de ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes; es decir, se constituye como un verdadero ciudadano fiel al Derecho”. DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. **Política Criminal**, [S.L.], v. 5, n. 10, p. 455-475, dez. 2010. SciELO Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID). <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-33992010000200005>. p. 464.

<sup>210</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 125.

#### 4.1.7 A culpabilidade pelo caráter empresarial - A posição de Ernst-Joachim Lampe

Também alinhado ao modelo da autorresponsabilidade, a teoria de Lampe abandona a ideia do autor individual e, propondo uma complementação da dogmática, desenvolve a teoria dos “sistemas de injustos”. Segundo o autor, o paradigma do autor individual não explica a participação de várias pessoas em um fato punível de delinquência sistemática.<sup>211</sup>

O autor define os sistemas de injustos como construções sociais cuja relação dos indivíduos é formalmente organizada para um fim social injusto, “dotados de configuração duradoura não afetada pela alteração de seus componentes, com comunicação e interação hierárquica (subsistemas)”<sup>212</sup>. Diferente, portanto, do sistema de injusto simples, caracterizado pela coautoria.

Uma das características desse sistema é a construção de uma moral interna própria, conforme afastado das normas jurídicas externas, o que facilita a ocorrência de atitudes criminosas integradas à atividade empresarial. Entretanto, o injusto de sistema trata de uma condição accidental, dada pela deficiência na organização do ente coletivo ou do favorecimento ou consentimento da empresa a atitudes ilícitas para obtenção de resultados, e não se configura diante de atividade empresarial dirigida a fins criminosos.<sup>213</sup> Assim,

Segundo LAMPE, o injusto de sistema não necessita de manifestações externas através de ações, sendo um estado de injusto em si, que pode, contudo, confirmar-se por ações. Basta que se constate, no caso das empresas, um potencial de risco (pessoal e técnico) que se acumula nos sistemas; uma integração defeituosamente organizada que põe em perigo um bem jurídico; uma consciência defeituosa de responsabilidade por parte das pessoas vinculadas organizativamente na empresa; e a existência de imprudência. Assim, enquanto nos delitos de ação (individuais) a predisposição ao injusto compõe a culpabilidade, nos sistemas de injusto a predisposição ao injusto constitui o próprio injusto de sistema.<sup>214</sup>

O conteúdo da culpabilidade é definido pelo conteúdo do injusto, culpabilidade a realizar, ou seja, também se encontra no âmbito ético-social e a responsabilidade para o sistema social deriva da decadência de caráter, que se configura na filosofia criminógena empresarial ou estrutura de organização deficiente, de modo de que não se limita a apuração de um defeito pontual.<sup>215</sup>

O injusto do sistema da empresa não é suficiente para gerar a responsabilidade penal, por isso a filosofia criminógena ou a deficiência organizativa se realiza por meio do injusto pessoal de

<sup>211</sup> LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtsysteme", ZStW 106. 1994. *Apud* SAGGESE, Silvana Bacigalupo. op. cit., p. 208.

<sup>212</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 126.

<sup>213</sup> LAMPE, Ernst-Joachim. **La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo**. Trad. Carlos Gómez-Jara Díez; Guillermo Orce e Miguel Polaino Orts. Lima: Grijley, 2003. *Apud* BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 127.

<sup>214</sup> *Idem*.

<sup>215</sup> *Ibidem*. p. 128.

um membro do ente coletivo que infrinja a norma. Esse injusto próprio da empresa e o injusto do resultado de seu membro se relaciona em termos de elevação do risco, de modo que se considera como um injusto de resultado do injusto próprio da empresa.<sup>216</sup>

As objeções apresentadas tem se centrado em que o caráter empresarial é uma metáfora de caráter, diante da incapacidade de autorreflexão da pessoa jurídica, assim também de que o conceito de culpabilidade pelo caráter tampouco é utilizado pela dogmática penal moderna,<sup>217</sup> porque se afasta do direito penal do fato e constitui construção de direito penal do autor.

Por fim, não se enquadra plenamente no modelo de autorresponsabilidade, porque a prática do crime na opção de agir ou omitir-se ainda parte da pessoa natural, mantendo a conexão entre as responsabilidades individuais e coletivas, características de heterorresponsabilidade. Como defende Cavero, “embora a filosofia criminógena e o defeito de organização elevam o risco de um resultado antinormativo realizado pessoalmente por um membro da empresa, a decisão sobre a produção do resultado segue nas mãos de um membro individual”<sup>218</sup>.

#### **4.1.8. A culpabilidade pela reprovabilidade ético-social - A posição de Christoph Dannecker**

Na elaboração de Dannecker também há a distinção entre culpabilidade individual e culpabilidade coletiva. Para tanto, parte de uma vinculação entre o injusto e a culpabilidade, sendo que o injusto é caracterizado pela organização defeituosa e ética empresarial deficiente e a culpabilidade a falta de correção do sistema, relacionado à uma ética social da pessoa jurídica. O desvio dessas exigências gera a reprovação diante da prática delitiva em seu bojo.<sup>219</sup>

A demonstração do cumprimento e criação dos pressupostos submetidos às exigências éticas, excluem a culpabilidade empresarial e caracterizam causa de exculpação, ainda que na ocorrência de injusto. Entretanto, a construção do autor mantém a confusão entre injusto e culpabilidade.<sup>220</sup>

---

<sup>216</sup> CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 23 jun. 2020. p. 62.

<sup>217</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 128.

<sup>218</sup> CAVERO, Percy García. op. cit., p. 63.

<sup>219</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad de...**, *Apud* BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 129.

<sup>220</sup> *Ibidem*. p. 130.

#### 4.1.9 A culpabilidade pela constatação do comportamento empresarial pós-delitivo (*reactive corporate fault*) – A posição de Brent Fisse e John Braithwaite

A concepção dos autores implica em uma reformulação da culpabilidade no que diz respeito ao aspecto temporal, uma vez que a apuração será determinada por meio do comportamento empresarial pós-delitivo, na adoção de medidas corretivas e preventivas adequadas (denominado de *reactive corporate fault*). Embora os autores evidenciem a culpabilidade em seu aspecto reativo, pela dificuldade de apuração de “culpa antecedente”, não descartam a possibilidade da constatação da responsabilidade criminal ao tempo da prática delitiva ou mesmo antes dela, através da análise da política interna de não obediência a deveres legais ou negligência.<sup>221</sup>

Não obstante, uma apuração prospectiva termina por negar o sentido da culpabilidade enquanto reprovação pelo comportamento delitivo alcançado, motivo pelo qual, se valorada, a reação da empresa ao fato delitivo poderia ser considerada no dimensionamento da reprimenda.<sup>222</sup>

#### 4.1.10. A culpabilidade construtivista - A posição de Carlos Gómez-Jara Díez

Na atualidade, cabe ressaltar a proposta de Gómez-Jara Díez, que elabora uma teoria do conceito de culpabilidade funcionalmente adequada para pessoas físicas e jurídicas e que esteja fundada na autorresponsabilidade. Baseado na teoria do discurso e em conceitos funcionalistas, estrutura o delito empresarial informado pela teoria dos sistemas e apegado a uma concepção material do ente coletivo, implicando em uma visão mais ampla da aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Na elaboração teórica do autor, a atribuição da responsabilização penal da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade penal da pessoa física e admite causas de exclusão, para isso utiliza a teoria dos sistemas sociais autopoieticos (construtivismo operativo) na construção da concepção de culpabilidade. A empresa constituiria um sistema autopoietico social, pois é um sistema organizativo que é composto e reproduzido pelas decisões tomadas em seu bojo e que constrói uma imagem dentro da linguagem social.<sup>223</sup>

<sup>221</sup> FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. **Corporations, Crime and Accountability**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 46-48.

<sup>222</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 132.

<sup>223</sup> DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. **Política Criminal**, [S.L.], v. 5, n. 10, p. 455-475, dez. 2010. SciELO Agencia Nacional de Investigacion y Desarrollo (ANID). <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-33992010000200005>. p. 456-459.

Gómez-Jara Díez formula o conceito de culpabilidade construtivista, apoiada na percepção da pessoa jurídica enquanto agente capaz de questionamento da vigência da norma. Para isso, concebe um conceito único da pessoa jurídico-penal que abarca pessoas físicas e jurídicas e defende que a empresa, dotada de cidadania corporativa, através da competência organizativa, possui liberdade para respeitar ou questionar a vigência da norma.<sup>224</sup>

Esse conceito mais amplo se relaciona à autorreflexão que se apresenta como capacidade de consciência das pessoas físicas e de auto-organização das pessoas jurídicas, esta última capaz de gerir riscos advindos das suas atividades através de sua estrutura organizativa e com fomento de cultura empresarial de cumprimento do ordenamento jurídico. O Estado seria responsável por um “controle de contexto”, por meio do qual a manifestação da culpabilidade jurídico-penal se apresenta diante da não institucionalização da cultura empresarial de fidelidade ao direito, o que também evidencia a proximidade dos programas de *compliance* à definição, que podem servir como indicador.<sup>225</sup>

Materialmente, a culpabilidade empresarial estaria apoiada na fidelidade ao direito como condição de vigência da norma<sup>226</sup>, a igualdade objetivada entre a pessoa física e jurídica e a possibilidade de questionar a vigência da norma mediante um procedimento conforme ao direito<sup>227</sup>.

O autor distingue as pessoas jurídicas imputáveis e inimputáveis, reforçando que apenas uma organização empresarial com complexidade e importância determinada podem participar da conformação das normas sociais e questionar a vigência da norma.

En efecto, sólo en el seno de una organización empresarial con una complejidad suficiente resulta posible institucionalizar una cultura de fidelidad al Derecho, de tal manera que la inexistencia de dicha cultura pueda concebirse como un déficit de fidelidad al Derecho, como un quebrantamiento del rol de ciudadano fiel al Derecho. De igual manera, sólo una empresa con una determina complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa que permite asignarle una competencia por organización a la empresa y, en consecuencia, hacerla responsable por las consecuencias de dicha organización.<sup>228</sup>

---

<sup>224</sup> Ibidem. p. 462.

<sup>225</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 140.

<sup>226</sup> “A la vista de esta situación resulta necesario y adecuado imponer a dichas organizaciones empresariales la obligación primordial que afecta a toda persona jurídico-penal: la obligación de fidelidad al Derecho, lo cual se concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho”. DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. op. cit., p. 463.

<sup>227</sup> “Así, resulta fundamental para la dimensión material de la culpabilidad jurídico-penal la posibilidad de poder participar en la producción común de sentido; es decir, el principio de culpabilidad garantiza que la persona es competente para intervenir en asuntos públicos [...] En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les reconoce un derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales. Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas”. Ibidem. p. 464.

<sup>228</sup> Ibidem. p. 470.

Por fim, importa ressaltar que o defeito de organização é o que irá caracterizar o injusto do ente coletivo, cuja verificação da culpabilidade se dará na ausência da cultura empresarial de cumprimento das normas jurídicas ou de ética empresarial. Contudo, tal culpabilidade só se dará diante do questionamento da norma se à pessoa jurídica era possível efetuar tal questionamento, motivo pelo qual apenas se dá em uma democracia participativa, em que possam influenciar na definição das normas sociais.<sup>229</sup>

#### **4.1.11 A culpabilidade empresarial como déficit de autorregulação permanente - A posição de Adan Nieto Martín**

A última teoria da culpabilidade empresarial abordada é a de Adan Nieto Martín. Este autor fundamenta a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em uma culpabilidade própria dos entes coletivos e propõe dois eixos de discussão, um relacionado a determinar os fundamentos dessa culpabilidade empresarial e outro a distinções entre responsabilidade penal empresarial dolosa e imprudente, assim como a relação da culpabilidade da pessoa jurídica e de seus membros. O ponto que vamos nos ater neste tópico é referente à determinação da culpabilidade empresarial.

No modelo proposto, a responsabilidade da empresa derivado de não ter gerado um sistema capaz de prevenir os riscos de sua atividade, estes divididos entre riscos diretos aos bens jurídicos (coletivos ou individuais), ainda que não encontrado um comportamento delitivo individual, e os riscos derivados de condutas delitivas dolosas ou imprudentes de seus membros.<sup>230</sup>

Conforme explica Barbosa,

Nesse sentido, então, assevera que a fixação da culpabilidade da empresa como defeito de organização, traduzido na não criação de um sistema preventivo para evitar riscos, consagra a busca por uma autorregulação, evitando a excessiva utilização do direito penal individual e inserindo, em certa medida, uma racionalidade econômica, transmitindo os custos da prevenção dos fatos delitivos do Estado para as empresas, que assumem “deveres” compatíveis com suas posições predominantes nas relações sociais.<sup>231</sup>

No modelo de culpabilidade empresarial, se constatadas as medidas de controle preventivo, ainda que esteja configurada uma prática delitiva individual, a responsabilidade da pessoa jurídica é afastada, proporcionando maior liberdade de organização da empresa que deve estar voltada à diminuição razoável dos riscos delitivos da atividade, a fim de não provocar o engessamento desta. Para isso, a valoração da ética empresarial se pauta na verificação da ausência de esforços para

<sup>229</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 142.

<sup>230</sup> NIETO MARTÍN, Adan. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008. Apud BARBOSA, Julianna Nunes Targino. op. cit., p. 144.

<sup>231</sup> Ibidem. p. 146.

implementação de uma cultura de respeito à ordem jurídica, o que configura um defeito de organização.<sup>232</sup> Para a apuração da culpabilidade, contudo, autor considera o aspecto proativo, mas também o reativo que se dá em um comportamento pós-delitivo apropriado, ainda que na culpabilidade individual o comportamento pós-delitivo não tenha relevância.

Diante da crítica da inconstitucionalidade de um modelo que abarca o direito penal do autor, Nieto Martín afirma que essa construção está vinculada à pessoa humana e não importa à responsabilidade penal coletiva. Além disso, os comportamentos devem ser considerados quando exteriorizados de forma não pontual e que revelem um déficit de autorregulação permanente, e o caráter de motivação de autorregulação como fim da pena.<sup>233</sup> A mera existência de organização defeituosa não permite a aplicação de sanção penal, que tem na realização de um fato delitivo uma condição objetiva de punibilidade.

A estruturação adequada de medidas de segurança para evitar o fato típico e o aspecto reativo também podem servir para atenuar ou excluir a culpabilidade. Assim, “a culpabilidade de organização se traduziria, então, na não adoção ou adoção deficiente de um Código de prevenção capaz de prevenir ou investigar a classe de delito que se realizou (ou pode se realizar) no bojo empresarial”<sup>234</sup>.

Identificar a origem da conduta danosa dentro do complexo estrutural empresarial ganha importância também na avaliação da gravidade desse defeito de organização que tem reflexo nas circunstâncias agravantes e na sanção imposta, assim como o tamanho da pessoa jurídica. Os programas de *compliance*<sup>235</sup> serão observados como orientadores para o julgador na avaliação da eficácia das medidas de organização do ente coletivo. Esses Códigos de prevenção, que seriam regidos por elementos mínimos previsto por lei específica, materializariam a noção de culpabilidade da pessoa jurídica fundada na auto-organização preventiva e para apuração de condutas ilícitas.<sup>236</sup>

## 4.2 CRÍTICAS ÀS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS DA CULPABILIDADE EMPRESARIAL

Expostas as construções teóricas que se propõem a formular um conceito de culpabilidade para o ente coletivo, é possível perceber que a questão principal se pauta na busca de um conceito

---

<sup>232</sup> Ibidem. p. 147.

<sup>233</sup> Idem.

<sup>234</sup> Ibidem. p. 148.

<sup>235</sup> Para mais informações sobre *compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica, consultar ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal económico en la era *compliance***. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

<sup>236</sup> Ibidem. p. 148.

material de culpabilidade da pessoa jurídica. Algumas delas são orientadas por um equivalente funcional à culpabilidade individual, enquanto outras elaboram um conceito de comum aplicação à pessoa natural e ao ente coletivo.

Em algumas das formulações, percebe-se a necessidade de desvincular o substrato da culpabilidade coletiva do da culpabilidade individual, concebida de acordo com características humanas, motivo pelo qual as objeções relacionadas ao direito penal do autor ou culpabilidade relacionada à condução de vida não encontram respaldo quando vistas sob a ótica do ente coletivo, ao qual não se aplicariam. Portanto, não encontram as limitações constitucionais que se apresentam em relação às pessoas físicas e embasam a distinção entre sujeitos e distinto conteúdo da culpabilidade, ou seja, embora haja um modelo único de responsabilização penal, as categorias dogmáticas do delito são determinadas pelo sujeito.<sup>237</sup>

A dimensão temporal da apuração da culpabilidade empresarial também se daria em perspectiva distinta da pessoa natural, tendo em vista sua constituição organizativa. Assim, não é analisada sob uma conduta pontual, que é resultado danoso, mas deve derivar da apuração da culpabilidade antecedente e pós-delitiva.<sup>238</sup>

Nas teorias também é manifesta a tentativa de dar à culpabilidade um conteúdo orientado político criminalmente pelo discurso social, de resposta ao protagonismo dos entes à realidade social, sem impor limitações ao conteúdo da categoria da culpabilidade a fim de permitir a compatibilização desta com a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Dito isso, importa delinear os aspectos basilares da culpabilidade e que estão em dissonância com as teorias expostas. O primeiro deles é que essa categoria da teoria do delito é condição para demonstração do exercício do poder punitivo válido no Direito Penal, já que a culpabilidade serve como parâmetro da limitação desse poder punitivo estatal.

A culpabilidade identifica as causas de exclusão da responsabilidade penal, sem a qual não é possível qualquer formulação sobre a culpabilidade do ente coletivo dentro do Direito Penal inserido em um Estado Democrático de Direito, já que é reprovável a conexão entre presença de

---

<sup>237</sup> Ibidem. p. 152.

<sup>238</sup> Ibidem. p. 153, 154.

ato delitivo no bojo da empresa e a conclusão de um defeito organizativo,<sup>239</sup> situação na qual estaríamos diante de responsabilidade objetiva.<sup>240</sup>

### 4.3 A CONSTRUÇÃO DA CULPABILIDADE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A primeira vez que Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica foi através do julgamento do **RHC 66.102/SP**<sup>241</sup> em 03.05.1988, do qual foi relator o Ministro Moreira Alves, e no qual fixou o entendimento no sentido de acolher o princípio *societas delinquere non potest* e firmou a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Com a introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica através da Lei de Crimes Ambientais em 1998, o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado um modelo de heterorresponsabilidade<sup>242</sup>, ao mencionar no parágrafo único do artigo 3º da Lei 9.605/98 que “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”. Contudo, esse modelo passou a ser questionado pelos tribunais superiores.

Em 16.03.2004, no julgamento do **HC 83.301/RS**, a 1ª Turma do STF, na vigência da atual ordem constitucional e da Lei de Crimes Ambientais, manteve o entendimento pela irresponsabilidade penal da pessoa jurídica e pela inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 9.605/1998, com base no princípio da responsabilidade penal pessoal e subjetiva e na inexistência de nexos psíquico que possa ligar a conduta delitiva à pessoa jurídica. De igual modo, em

<sup>239</sup> Na tentativa de justificar o *compliance* como ferramenta capaz de suprir essa deficiência, Barbosa indica que "Bem por isso, tomando-se por base um possível conteúdo abstrato da culpabilidade – entendido como defeito organizativo em sentido amplo, abrangendo a ética empresarial – é necessário definir concretamente esta organização que se exige, tendo-se em conta as peculiaridades da pessoa jurídica (atividade que exerce, dimensão etc.), sem buscar delinear uma a uma as exigências desta organização, mas traçar uma perspectiva geral daquilo que a autorregulação empresarial deve conter. Nesse sentido, parece de extrema importância a determinação de programas de *compliance* para se dar concretude à culpabilidade empresarial, sobretudo no aspecto de limitação da responsabilidade penal." Ibidem. p. 156.

<sup>240</sup> Ibidem. p. 155-156.

<sup>241</sup> Disponível em: <[http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/126\\_2.pdf](http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/126_2.pdf)>. Acesso a partir da p. 161.

<sup>242</sup> Através da heterorresponsabilidade, a pessoa jurídica sofre as consequências penais de crimes praticadas pelas pessoas físicas, ainda que não se verifique um defeito de organização, um injusto próprio. De acordo com Estellita, “A esse modelo são dirigidas, especialmente, três críticas: frustra a justificativa político-criminal de punição dos crimes praticados em grandes corporações, estabelece responsabilidade penal objetiva por fato alheio e apresenta alto risco de contaminação da responsabilidade penal das pessoas naturais”. ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: O exame da práxis judicial brasileira realizado a partir de acórdãos recentes do STJ. **JOTA**, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/levando-a-serio-os-pressupostos-da-responsabilidade-penal-de-pessoas-juridicas-10022020>. Acesso em: 25 mar. 2020.

21.06.2005, se posicionou o tribunal no julgamento do **RHC 85.658/ES**, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.<sup>243</sup>

Em 16.08.2005, sobre o enunciado do artigo 225, §3º, da Constituição Federal de 1988, no marco do **HC 83.554/PR** de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o STF, de encontro ao julgamento do **REsp 564.960/SC** (02.06.2005)<sup>244</sup> pelo Superior Tribunal de Justiça, apresentou seu primeiro giro hermenêutico sobre o tema. Dando eficácia ao artigo 3º da Lei 9.605/98, passou a admitir a heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, com a aplicação da teoria da dupla imputação às pessoas física (que agiu em seu interesse ou benefício) e jurídica. Assim, o crime praticado por pessoa física deveria ser atribuído à pessoa jurídica como pressuposto necessário, através da transferência da pessoa natural para a jurídica, em fidelidade ao princípio da responsabilidade penal subjetiva, já que é apenas reconhecida diante da identificação concreta do substrato humano.<sup>245</sup>

Os requisitos para essa transferência estão presentes no artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), que prevê que a pessoa jurídica será responsabilizada quando diante

---

<sup>243</sup> FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. op. cit. p. 64-65.

<sup>244</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 564.960/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 02.06.2005. “(...) É sabido, destarte, que os maiores responsáveis por danos ao meio ambiente são empresas, entes coletivos, através de suas atividades de exploração industrial e comercial. A incriminação dos verdadeiros responsáveis pelos eventos danosos, no entanto, nem sempre é possível, diante da dificuldade de se apurar, no âmbito das pessoas jurídicas, a responsabilidade dos sujeitos ativos dessas infrações. (...) Fernando Galvão (Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Editora Del Rey, 2ª edição, 2003, p. 16-17) assim analisa a incriminação da pessoa jurídica como forma de prevenção da conduta danosa ao meio ambiente, pela ótica capitalista. (...) A responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo decorrente de uma opção eminentemente política, conforme referido, depende, logicamente, de uma modificação da dogmática penal clássica para sua implementação e aplicação. (...) A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras, assim, na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. (...) É incabível, de fato, a aplicação da teoria do delito tradicional à pessoa jurídica, o que não pode ser considerado um obstáculo à sua responsabilização, pois o direito é uma ciência dinâmica, cujos conceitos jurídicos variam de acordo com um critério normativo e não naturalístico, como bem ressalta Fernando Galvão. (...) A questão da culpabilidade, por exemplo, deve transcender ao velho princípio *societas delinquere non potest*. (...) Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. (...) Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica. (...) Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98. (...) Essa atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. Porém, tendo participado do evento delituoso, todos os envolvidos serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. É o que dispõe o parágrafo único do art. 3º da Lei 9.605/98, que institui a co-responsabilidade (...). Dificuldades teóricas para sua implementação existem, mas não podem configurar obstáculos para sua aplicabilidade prática, na medida em que o direito é uma ciência dinâmica, cujas adaptações serão realizadas com o fim de dar sustentação à opção política do legislador. (...)”.

<sup>245</sup> FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. op. cit. p. 70.

de infração penal definida por esta lei e decorrente de “decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Inobstante, em segundo giro hermenêutico, o tribunal alterou seu entendimento a partir do julgamento do **AgRg no RE 628.582/RS** (Rel. Min. Dias Toffoli), em 06.09.2011, e confirmado no **RE 548.181/PR**<sup>246</sup> (06.08.2013), de relatoria da Ministra Rosa Weber, para adotar a autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, independente da identificação e imputação simultânea à pessoa física. Isso foi possível, segundo Faria, “diante do reconhecimento de novas razões criminológicas, político criminais e dogmáticas jurídico-penal, a exemplo dos modernos estudos sobre o direito penal na perspectiva da filosofia da linguagem”<sup>247</sup>.

Cabe, citar estudo de Estellita que, ao analisar a práxis judicial brasileira a partir de acórdãos recentes do STJ, especialmente a partir de 2014 quando publicado o **RE 548.181**, observa que a missão atribuída à responsabilização penal dos entes coletivos no que diz respeito à política criminal, não tem sido observada na prática.

A autora menciona que o artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais apresenta os pressupostos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica que permitem separar a conduta exclusivamente individual da que poderá ser atribuída à pessoa jurídica, e que têm sido desconsiderados pelo tribunal.

O primeiro pressuposto que a práxis judicial parece ignorar é que para a atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica é necessária a indicação dos crimes praticados por pessoas naturais.<sup>248</sup>

Observando os casos julgados no STJ, há inúmeras denúncias que “narram” condutas “praticadas” pela pessoa jurídica “juntamente” com as pessoas naturais (cf. as denúncias reproduzidas nos seguintes acórdãos do STJ: HC 56.210; RHC 71.019; RHC 39.936 ; RHC 34.957; AgRg no AgRg no HC 388.874), e outras que o fazem exclusivamente com relação à pessoa jurídica, sem qualquer referência a um injusto de uma pessoa natural (cf. STJ, RMS 56.073).<sup>249</sup>

A existência de uma decisão do representante do ente coletivo, que seria o segundo pressuposto e que estabelece a conexão entre a prática do crime e a pessoa jurídica, também tem sido desconsiderada na prática judicial. As acusações com base em injustos praticados dentro do círculo individual e não derivados de decisão de representante da pessoa jurídica têm sido toleradas

<sup>246</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>

<sup>247</sup> Ibidem. p. 72.

<sup>248</sup> “Disso decorrem três conclusões fundamentais: que o modelo brasileiro de RPPJ proíbe toda e qualquer tentativa de responsabilização direta da pessoa jurídica pela prática de ações ou de omissões típicas; que denúncias que narram ações ou omissões da PJ são manifestamente ineptas, pois narram fatos que evidentemente não constituem crimes; e, que a atribuição de responsabilidade à PJ exige a indicação clara dos crimes praticados por pessoas naturais – no mínimo ações típicas e antijurídicas, com todos seus elementos: quem, quando, onde, como, com quais meios etc. — que se pretende atribuir à PJ.” ESTELLITA, Heloisa. op. cit.

<sup>249</sup> Idem.

no âmbito judicial.<sup>250</sup> Dessa forma, “tal permissividade anula a potencial função preventivo-geral atribuída à ameaça da pena (proteção de bens jurídicos). Se comportamentos zelosos não impedem a aplicação da pena, esta se torna uma fatalidade, contra a qual nada pode fazer a pessoa jurídica”<sup>251</sup>.

A última crítica está relacionada ao receio de contaminação de que o reconhecimento da responsabilidade objetiva por fato de terceiro poderia se estender à responsabilidade penal individual. Para isso, cita o caso do RHC 34.957, em que pessoa jurídica e seus dois sócios-administradores foram acusados de exercer atividade de pesca em área não permitida e cuja denúncia “narrava a apreensão de pescadores (?) da empresa na posse de espécimes da fauna aquática em local de pesca vedada”. A denúncia menciona que “no campo específico dos crimes ambientais, conforme previsão dos artigos 2º e 3º da Lei de Crimes Ambientais, os denunciados (pessoa física) sofrem a mesma imputação criminal da empresa, já que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, devendo quem, de qualquer forma, concorrer para as práticas dos crimes previsto na Lei Ambiental, incidir nas penas a estes cominadas”.

Isso nos coloca frente a um problema que já é realidade na práxis judicial brasileira de inversão dos polos no modelo de atribuição da Lei de Crimes Ambientais, já que, a exemplo do caso narrado, a pessoa jurídica não exerce atividade de pesca, mas tão somente seus integrantes, quando preenchidos os pressupostos destacados.

Os apontamentos acima demonstram que a política criminal de contenção e diminuição de crimes provocados no seio de grandes complexos industriais tem caminhado em sentido contrário ao inicialmente pensado. A autora é incisiva ao apontar que o atual modelo aplicado tem ignorado os pressupostos presente na Lei de Crimes Ambientais, e voltado o aparato do sistema de justiça criminal a pequenas empresas, que são os alvos fáceis dessa política.<sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> “Um exemplar exuberante dessa prática é o retratado no caso que está na base do RHC 71.019, no qual se flagrou o motorista de uma pessoa jurídica despejando resíduos sólidos em via pública. Apurou-se que o fizera por ordem de um gerente da empresa, uma ordem excepcional, que nunca antes lhe tinha sido dada. O sócio-administrador afirmou que nem sequer estava na empresa no momento em que a ordem foi dada pelo gerente. Não obstante, foram acusados a PJ, o sócio e o motorista – o gerente que deu a ordem não (!) — pela prática do crime de poluição (art. 54, § 2º, Lei 9.605/98). Verdade é que não há que se falar em RPPJ neste caso, pois se trata de clara hipótese de injusto que pertence ao círculo exclusivo do gerente e do motorista do caminhão, não sendo uma manifestação da PJ justamente pela falta de uma decisão de seu representante legal no sentido da prática criminosa.” ESTELLITA, Heloisa. op. cit.

<sup>251</sup> Idem.

<sup>252</sup> “E é justamente isso que mostra o universo de casos examinados: a facilitação da punição das pequenas empresas, a partir de uma orientação que vem sendo seguida pelo STJ a partir do julgamento do RHC 71.019. Neste caso, o Tribunal afirmou que, ‘não sendo o caso de grande pessoa jurídica, onde variados agentes poderiam praticar a conduta criminosa em favor da empresa, mas sim de pessoa jurídica de pequeno porte, onde as decisões são unificadas no gestor e vem o crime da pessoa jurídica em seu favor, pode então admitir-se o nexos causal entre o resultado da conduta constatado pela atividade da empresa e a responsabilidade pessoal, por culpa subjetiva, de seu gestor’. Esse entendimento tem sido reiteradamente aplicado pela Corte como se pode conferir,

#### 4.4 A NECESSIDADE DE UM OUTRO DIREITO PENAL PARA A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA?

Até este momento foram expostas as limitações impostas pela dogmática penal não superadas pelas formulações em defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica tanto em relação ao princípio da culpabilidade quanto aos demais elementos da teoria do delito brevemente citados neste trabalho.

Diante deste cenário, parecem tendências elaborações que implicam que a dogmática penal liberal seja substituída por um direito penal flexível que comporte inovações legislativas especialmente direcionadas à política criminal, ainda que possam resultar na flexibilização de princípios e relativização de garantias, como é o caso da responsabilização criminal dos entes coletivos.

Entre estes modelos de flexibilização da dogmática penal, encontramos como exemplo a elaboração de Silva Sánchez, já mencionado neste trabalho por identificar as razões da expansão do direito penal e tecer críticas ao uso simbólico deste como resultado de uma demanda social irracional por punição.

Inclusive, ao analisar o texto do autor, Costa ressalta que

De uma outra perspectiva, Silva Sanchez cita a introdução de novos objetos de proteção (bens jurídicos supraindividuais) e a tutela antecipada de tais objetos (crimes de perigo abstrato) como características da administrativização do direito penal – que também contribui para sua expansão. Como um exemplo típico dessa tendência, o autor menciona a proteção penal do meio ambiente, que se configura na proteção de um contexto, isto é, de uma situação de superação de *standards* administrativamente fixados. Resumindo, “el Derecho penal que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo) se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha ‘administrativizado’”.<sup>253</sup>

Não obstante, Sánchez defende ser impossível o retorno a um direito penal liberal capaz de garantir estritamente a atuação estatal limitada e propõe um modelo de direito penal de duas velocidades. Por meio desse modelo, sugere o aumento da punição penal sem o uso da pena de prisão e com regras de imputação e garantias em dois níveis, abandonando uma teoria única do delito - “das maiores garantias desenvolvidas pela tradição do direito penal”.<sup>254</sup>

---

ilustrativamente, no AgRg no AgRg no HC 388.874 e nos RHCs 39.936 e 71.019. Como se vê, há uma facilitação da atribuição no caso das pequenas empresas e não no das grandes corporações, traindo-se a justificativa político-criminalmente invocada para a adoção da RPPJ”. ESTELLITA, Heloisa. op. cit.

<sup>253</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**, cit., p. 100. *apud* Costa, Helena Regina Lobo da. Op. cit., p. 191.

<sup>254</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit. p. 192.

Através dessa construção, “peca por não reconhecer que a demanda social não é por criminalização ou punição, senão por efetividade, o que pode ser atingido sobretudo por meios não punitivos”<sup>255</sup>. Além disso, está dirigido à satisfação da demanda social e não à alteração de comportamentos, ignorando o aspecto objetivo das razões da expansão do direito penal constatadas em sua formulação crítica inicial, o provável surgimento de *déficits* na execução da dupla expansão penal e a contaminação que a segunda velocidade pode provocar à primeira (sobre a criminalidade em geral).<sup>256</sup>

Sua leitura também é falha e bastante restrita ao identificar a pena privativa de liberdade com o sistema de garantias penal, pois estas últimas orientam todo o sistema penal e a proteção de direitos fundamentais e estão sob ameaça da relativização de categorias, como a culpabilidade, objeto do presente trabalho.

A proposta do direito penal de duas velocidades tampouco considera que “a utilização do direito penal nas esferas da chamada ‘criminalidade moderna’ pode ser disfuncional e contraproducente, bem como fazer com que o direito penal perca completamente seu traço distintivo dentro do aparato de controle social”<sup>257</sup>.

Há uma orientação na reação aos problemas comunitários com apelo ao Direito Penal no debate político. O professor Peter-Alexis Albrecht descreve a mudança histórica de funções do Direito Penal para fazer a análise das exigências político-comunitárias sobre o que ele chamou de “Direito Penal do risco pós-moderno” em que está organizada uma política de limitação de riscos e o crescimento do pensamento de eficiência preventivo em detrimento das garantias materiais e formais do direito penal<sup>258</sup>.

À pena, como reação à lesão da norma, é atribuída a função de evitar consequências negativas de uma violação da lei, para a estabilidade do sistema e para a confiança dos

<sup>255</sup> Ibidem. p. 191.

<sup>256</sup> Sobre isso, Costa assinala que “admitir duas formas estanques de direito penal significa abrir o caminho para legitimar uma terceira forma – que aplica pena de prisão sem se revestir de garantias – como admite Silva Sánchez, na segunda edição de sua obra”. Idem

<sup>257</sup> Ibidem. p. 193.

<sup>258</sup> Embora a América Latina tenha seu sistema de justiça criminal com particularidades em relação ao europeu, Albrecht alerta para essa tendência de menor rigor no emprego do direito penal ao mencionar que “os autores do projeto de um Direito Penal modelo europeu (‘Corpus Juris’) propõem a punibilidade de pessoas jurídicas (art. 13, Corpus Juris Florence (CJF)), nas quais, como se sabe, uma relação com o comportamento natural não pode existir. A evidente tendência para delitos de perigo mostra que a Política criminal europeia não se importa mais com a lesão claramente indicada de bens jurídicos, mas devem ser apreendidas ações já em áreas adjacentes aos fatos puníveis clássicos. Além disso, toda lesão administrativa que se dirige contra o orçamento da União Europeia é castigada como ‘irregularidade’ - independente de culpa pessoal. Se no futuro, já a jurisprudência leve, ou seja, inconsciente, deve acarretar pena criminal (por exemplo, no estelionato), então falta qualquer relação com a reprovação individual. São criminalizadas, primariamente, situações de risco, ou seja, a proteção do sistema está no foco de atenção do Direito Penal, e não mais a responsabilidade pessoal. A culpabilidade, como categoria de ligação jurídico-penal, parece quase perdida nos projetos de desenvolvimento o Direito Penal europeu, até agora apresentados”. ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 182.

súditos no Direito. A pena produz, desse modo, o restabelecimento da confiança na fidelidade jurídica dos membros da sociedade. Também a medida da culpabilidade se orienta para a exigência funcional da sociedade em manter a confiança no Direito. Com isto, são abandonados ambos “os pilares construídos pelo pensamento do Direito Penal liberal para limitação da pretensão penal estatal em face do indivíduo - o princípio do fato punível como lesão de bens jurídicos e o conceito de culpabilidade como limitação da responsabilidade” (Baratta, 1984, p. 135).<sup>259</sup>

Nesse contexto é onde a legislação penal simbólica<sup>260</sup> ganha relevo, através da promessa de proteção sistêmica, sem, contudo, apresentar qualquer verificação de eficácia empírica relacionada a controle e efeitos<sup>261</sup>.

O debate parlamentar, espaço necessário para discussões sobre a pretensão de validade do Direito Penal, se esvazia em face das articulações de interesses políticos e reformas que propõem criminalizações e flexibilizações de princípios, para permitir parecer como manejáveis e controláveis os problemas estruturais da sociedade. Esta utilização política das funções simbólicas do Direito Penal anda junto com uma fática ineficiência instrumental do Direito Penal para dominar complexos problemas sociais, já que permanece na esfera da proteção simbólica de bens jurídicos<sup>262</sup>. A flexibilização de princípios e garantias evidencia a pretensão de controle preventivo do Sistema de Justiça Penal.

<sup>259</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5.

<sup>260</sup> Consoante adverte Costa: “A descontextualização, a despolitização e a simplificação dos conflitos ocorrem com relação a todos os fenômenos abrangidos pelo direito penal, não sendo uma característica exclusiva da norma penal simbólica. Entretanto, elas se tornam especialmente problemáticas nesse caso, já que, além dos efeitos latentes imediatamente alcançados (o lucro político, a demonstração de prontidão, a satisfação simbólica de interesses em conflito, o aquietamento da pressão pública), a longo prazo a lei simbólica não apenas não é efetiva quanto à solução do problema a que se referia, como também dificulta a busca de caminhos para sua resolução efetiva e formas de tratamento alternativo da questão.” COSTA, Helena Regina Lobo da. op. cit., p. 125.

<sup>261</sup> Nesse sentido José Luis Díez Ripollés vai trabalhar com conteúdos de racionalidade legislativa penal. A partir dos pressupostos de análise das racionalidades linguística, jurídico formal, pragmática, teleológica e ética, atravessadas pela dimensão da eficiência, “una ley padecerá de irracionalidad ética si no se ajusta en su contenido a los criterios o principios éticos incuestionados del sector jurídico en el que nos movamos [...]. También carecerá de ella si renuncia al criterio democrático como principio último de resolución de las controversias dentro y entre las subsiguientes racionalidades, o si prescinde de una estructura de racionalidad legislativa equivalente a la vigente en un determinado momento histórico y cultural. La irracionalidad teleológica aparecerá en la medida en que los objetivos a perseguir por la ley no hayan sido acordados en el marco de un empleo discursivo del criterio democrático, que haya prestado la debida atención a todos los componentes éticopolíticos relevantes, o no reflejen tal acuerdo. La irracionalidad pragmática surgirá, tanto ante leyes penales que no son susceptibles de un apreciable cumplimiento por los ciudadanos o de una significativa aplicación por los órganos del control social jurídico sancionador, cuanto ante leyes que, en cualquier caso, no logran los objetivos pretendidos. La irracionalidad jurídicoformal la poseerán leyes inconsistentes consigo mismas o que introducen o dejan sin resolver incoherencias en el sector jurídico en el que se insertan o en el conjunto del ordenamiento. Y la irracionalidad lingüística afectará a leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 24, p. 485-523, nov. 2001. ISSN 2386-4702. p. 511. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-presupuestos-de-un-modelo-racional-de-legislacion-penal>>. Data de acesso: 01 nov. 2020 doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.18>.

<sup>262</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 464.

Admitir essa limitação não implica na renúncia ao controle jurídico, senão a “orientação a formas adequadas de controle e meios de controle não jurídico-penais adequados<sup>263</sup>, que possam oferecer uma proteção de bens jurídicos essencialmente mais eficiente do que o débil controle do Direito Penal”<sup>264</sup>. Objetivos que podem ser alcançados através de estratégias e instrumentos regulatórios outros além do direito penal, como as sanções administrativas<sup>265</sup>, e que se deixem influenciar por meio de políticas estruturais.

O princípio da culpabilidade é substancial nesse debate, pois é parte dos elementos que têm como fundamento a limitação do poder de punir. Não com base “em critérios científico-naturais, mas segundo critérios de valoração, que estão abertos à verificação jurídica (constitucional)<sup>266</sup>” e é excluído segundo critérios biológicos e psicológicos que indicam o limite da imputação, assim também pode ser reduzida e, conseqüentemente, reduzir a pena. Não se trata de uma “categoria empírica verificável, mas uma imputação respeitadora da autonomia do ser humano, que deve possibilitar o funcionamento do sistema integral da ‘sociedade’”<sup>267</sup>.

Ao desatrelar a responsabilidade individual a fim de dominar os riscos das modernas sociedades em matéria ambiental, como é o caso brasileiro, mas também contra riscos de desenvolvimento científico e técnico, provoca ruptura na lógica do Direito Penal. Embora o sistema de justiça penal seja chamado a ampliar seu controle na proteção de bens jurídicos, crescem as dúvidas científicas sobre a adequação desse ramo do direito no controle destas complexas situações sociais problemáticas de integração da sociedade global. Nesse sentido é a ressalva de Albrecht:

---

<sup>263</sup> Cesar Roberto Bitencourt, crítico da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sugere a adoção do direito de intervenção, preconizado por Hassemer: “Concluindo, como tivemos oportunidade de afirmar, ‘o direito penal não pode – a nenhum título e sob nenhum pretexto – abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas suas garantias fundamentais. Por outro lado, não estamos convencidos de que o direito penal, que se fundamenta na culpabilidade, seja instrumento eficiente para combater a moderna criminalidade e, particularmente, a delinquência econômica. Por isso, a sugestão de Hassemer, de criar um novo direito, ao qual denomina direito de intervenção, que seria um meio termo entre direito penal e direito administrativo, que não aplique as pesadas sanções de direito penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do direito penal tradicional, para combater a criminalidade moderna, merece, no mínimo, uma profunda reflexão”. BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 306.

<sup>264</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. op. cit., p. 465.

<sup>265</sup> Contudo, Luis Gracia Martín discorda sobre a aplicação de infrações administrativas, que, ao tratar sobre a capacidade de ação das pessoas jurídicas, explica: “En mi opinión, el Derecho administrativo sancionador sólo se diferencia del Derecho penal cuantitativamente, pero no cualitativamente. Si la norma de la que se deduce el tipo de infracción administrativa es también una norma de determinación, una norma de conducta que únicamente puede tener objeto acciones u omisiones, las personas jurídicas, a mi juicio, deben ser también, por las mismas razones, incapaces de realizar hechos constitutivos de infracción administrativa.” MARTÍN, Luis Gracia. op. cit., p. 100.

<sup>266</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. op. cit., p. 178.

<sup>267</sup> Idem.

Diante de um Direito Penal do risco em amplo desenvolvimento difuso, arbitrário e se despedindo da legalidade penal, precisa-se agarrar estritamente no princípio normativa da compensação de culpabilidade, como limitação do poder punitivo. Se a culpabilidade atua como não refutável garantia de liberdade, então precisa proteger o indivíduo em face da intervenção da sociedade do risco, se justiça e liberdade não devem ser banidas inteiramente do arsenal de legitimação do Direito Penal.<sup>268</sup>

Quando a punição é tida como o principal instrumento para manutenção da segurança social, torna-se tênue a linha que divide uma política criminal eficaz de uma legislação simbólica. No que diz respeito às pessoas jurídicas tal situação não é distinta, pois sem que haja uma produção normativa racional em termos de ciência criminal, a punição dos entes coletivos resulta em um grave atentado aos fundamentos epistemológicos do direito penal, sem que, sequer, se vislumbre efeito sobre a criminalidade. Por isso, ressalta-se a importância de estudos dogmáticos e análises criminológicas.

A atividade legislativa orientada à elaboração de novos tipos penais relativos a condutas praticadas em contextos empresariais e a imputação dirigida aos entes coletivos sem o devido amparo doutrinário, apontam para mera penalização formal das pessoas jurídicas, uma vez que desprovida de pressupostos de responsabilização relativos à capacidade de ação e de culpabilidade.

O direito penal liberal vinculado a um direito penal da culpabilidade, não se vê capaz de responder à ascensão de problemas de imputação decorrentes da sociedade de risco, pois essa atuação se apresenta como desvirtuamento dos preceitos básicos da ciência criminal fundamentados na ideia de um Estado Democrático. Por isso, Costa adverte que

Toda a estrutura elementar do direito penal não se presta a lidar com a pessoa jurídica e tentar alterá-la quanto a esse ponto significa abandonar o conteúdo material típico de todo o sistema penal, qual seja, a imputação de uma conduta a uma pessoa física e todas as consequências que disso decorrem, inclusive no plano comunicativo.<sup>269</sup>

Impõe-se a reflexão sobre a capacidade de atuação do direito penal, tendo em vista a potencialização da corrosão normativa e diluição de seu conteúdo, além da busca por meios não-penais e instrumentos adequados para dirimir os problemas da realidade social, inclusive e especialmente a participação social, em harmonia com os princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*, relacionados à limitação do poder de punir estatal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao apontar as considerações finais, é importante sublinhar que se concebe a interpretação da teoria do delito enquanto um programa de redução da irracionalidade do sistema punitivo. O

<sup>268</sup> Ibidem. p. 182-183.

<sup>269</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. op. cit., p. 99.

conceito de culpabilidade se apresenta enquanto produção histórica que transformou radicalmente as bases da responsabilidade penal, como repúdio a qualquer responsabilidade pelo resultado ou objetiva.

Considerando que a estrutura do poder punitivo conserva seu caráter irracional diante da carência de uma utilidade confessável e da inevitável falta de ética com que opera a seletividade, tampouco o conceito de culpabilidade pode ser entendido como uma reprovação que legitima esse poder ou que soluciona seus problemas estruturais, “senão somente como um limite a sua irracionalidade seletiva de vulneráveis e a seu conseguinte defeito ético”<sup>270</sup>, como bem ensinam os professores Alagia, Slokar e Zaffaroni.

É necessária uma compensação que possa reduzir ao mínimo possível sua falha através da compreensão da culpabilidade enquanto vínculo personalizado do injusto com o autor e que submete o Estado à observância dos elementos formais da ética para reprovar pessoalmente aos que seu poder punitivo tenha selecionado.

A responsabilização da pessoa jurídica na esfera penal constitui temática bastante controversa e emblemática no tocante à teoria do delito. Em que pese exista resistência por parte da doutrina defensora da culpabilidade tradicional, a incidência do instituto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros se amplia e avança mesmo em países que historicamente têm optado por uma responsabilização administrativa, como é o caso da Alemanha, que discute projeto de lei que propõe a responsabilização penal.

No direito interno, a responsabilidade penal da pessoa jurídica recebe duras críticas fundamentadas na sua inconstitucionalidade, ou, no mínimo, ausência de previsão inequívoca e expressa que possa corroborar a legislação ambiental que posteriormente a reconheceu. Sobre a Lei de Crimes Ambientais, ainda, apresenta falhas de redação e técnica que dificultam sua compatibilização dentro uma proposta democrática de direito penal.

A pessoa jurídica não é uma ficção, mas uma realidade própria e distinta das pessoas físicas. A atribuição de sua personalidade não se fundamenta na esfera ontológica, senão unicamente na normativa, e seus modos de organização e processo da atividade reais, especialmente da empresa econômica, estão previamente dados à regulação jurídica para determinação de condutas e das normas de sanção. Os elementos estruturais desta realidade traçam já limites à possibilidade de sua valoração e ao estabelecimento de possíveis consequências jurídicas.

---

<sup>270</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:** parte general. 2. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002. p. 653.

É indispensável determinar quais são os elementos estruturais da realidade da pessoa jurídica, pois somente sendo estes elementos suscetíveis de receber as valorações do Direito penal, poderá ser fundamentada a imposição das consequências jurídicas deste às pessoas jurídicas.

Através da análise do conceito de culpabilidade, central à teoria do delito, a atividade delitiva dos entes coletivos não se apresenta compatível. Desde a concepção psicológica até as doutrinas normativas, a culpabilidade se revela como conceito rico de conteúdo social e humano. Para que o agente seja culpável, exige-se que possua determinadas condições pessoais que o façam capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e determinar-se de acordo com essa compreensão.

A defesa da responsabilização penal do ente coletivo submete à revisão categorias tradicionais por meio de doutrinas que elaboram um esquema próprio para a punição de empresas, vinculadas ou à heterorresponsabilidade ou autorresponsabilidade. Por vezes essas elaborações teóricas buscam um equivalente funcional à culpabilidade individual ou um conceito comum de aplicação tanto ao indivíduo como ao ente coletivo. Daí surge o questionamento sobre a possibilidade de existência de um sistema único de responsabilização baseado nos mesmos critérios, com equivalente em função, mas distinto em conteúdo de acordo com o sujeito a que se destinam.

Nesses esquemas a aplicação da culpabilidade empresarial implica uma dimensão temporal de apuração distinta da individual, uma vez que, sendo a pessoa jurídica existência organizativa, o juízo valorativo não se dá à análise de uma conduta isolada o que também torna dificultosa a apuração de uma culpabilidade antecedente e cria a figura da culpabilidade pelo comportamento pós-delitivo. Não é desnecessário também ressaltar que a adoção a um modelo baseado na heterorresponsabilidade é o reconhecimento do caráter objetivo deste tipo de responsabilização.

Nem a menor multa penal está alheia à necessidade de legitimação de conteúdo e de forma. Se há função à ciência penal, esta passa por refletir acerca do que ocorre no sistema jurídico através de um método e desde sua perspectiva, que é limitada, mas não irrelevante. Quando são adotadas certas premissas, estas conduzem necessariamente ao rechaço a uma responsabilidade de entes coletivos que seja equiparada à responsabilidade penal.

Não parece ser possível fundamentar, ainda que sob a justificativa das novas realidades impostas que devem ser levadas em conta como objeto de valoração jurídica, uma responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. A doutrina tradicional e os argumentos sustentados acerca da dificuldade considerável da aplicação dos instrumentos dogmáticos tradicionais e, portanto, contra o reconhecimento e fundamentação deste tipo de responsabilidade, continuam sendo plenamente válidos, já que ausentes substratos necessários para implicação de sanção em um sentido mais estrito no marco da culpabilidade pessoal pelo fato. Sem estas preocupações, a imposição de

sanções punitivas constitui um corpo estranho ao direito penal, que se apresenta desnaturalizado e convertido em um mero direito de responsabilidade.

O sistema de imputação penal reconhece como ponto de partida comunicativo o núcleo da conduta e não um acúmulo de circunstâncias ou de interferências causais, que não impedem sua consideração, mas não no plano da culpabilidade. As noções de culpabilidade empresarial como defeito de organização se expressam através de ações ou omissões que concretamente devem ser imputáveis à pessoa jurídica. Porém, na medida que não constituam conduta típica, apenas contextualizam o fato delitivo, do contrário, estaríamos tipificando um estado de perigo abstrato.

No tocante aos ilícitos ambientais, objeto da lei que reconheceu o instituto da responsabilização penal da pessoa jurídica ao ordenamento brasileiro, não é possível que o reforço a um modelo repressivo provoque a deficiência ou inércia de entes e órgãos regionais e locais na gestão cotidiana dos interesses ambientais. O caminho inverso a esse tem sido a resposta aos novos desafios através de construções distintas e desfiguradoras de um direito penal liberal que não é, de longe, exclusiva da esfera ambiental ou corporativa, mas a tônica da orientação das políticas dirigidas à proteção de distintos bens jurídicos.

Essa revisão e descaracterização de categorias penais, entre as quais a culpabilidade se insere, tidas como garantias frente ao poder estatal, é perigosa, sobretudo, por direcionarem a solução para sua compatibilidade à expansão deste ramo do direito, diluição de seu conteúdo e ao abandono de uma teoria única do delito, como é a proposta do direito penal de duas velocidades e pano de fundo das teorias que buscam compatibilizar conceitos tradicionais da dogmática à necessidade político-criminal. Em um ordenamento jurídico onde goza de vigência o princípio da culpabilidade, a presença de entraves onde não seja respeitado deveria levar à denúncia e não à relativização da pretensão de sua vigência.

Muitas razões se apresentam contra a recepção do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica em âmbito normativo material e processual, político e social. Ante as novas circunstâncias, melhor se orientaria a dogmática penal pela busca de desenvolver instrumentos jurídicos a fim de apurar a responsabilidade penal das pessoas físicas com escopo de atuação na empresa.

O direito penal é instrumento insuficiente para uma proteção eficaz da ordem social e tampouco deve ter o monopólio para realizar esta tutela, já que é dotado de caráter fragmentário e de intervenção mínima. Nesse sentido, foram apontadas a função simbólica da lei de crimes ambientais e a dificuldade em apresentar uma resposta efetiva à ilicitude das condutas praticadas por meio de grandes conglomerados ou de perpetradores de grandes danos ambientais, justificativa político criminal que estimulou a elaboração da mencionada legislação.

O delito representa a seleção de uma pequena parte do entramado de fatos que produzem um contexto de ação que é muito mais amplo, em que devem ser valorados e configurar outras formas de reação jurídica independentes, além da pena, e orientadas à proteção e restabelecimento da ordem jurídica, como as de caráter reparador, distributivo e preventivo.

Não parece ser o campo restrito do direito penal em que se devem fundamentar as consequências jurídicas aplicáveis aos entes coletivos enquanto realidade distinta a das pessoas físicas que agem no seu âmbito.

A escolha penal carece também de legitimidade sobre os dados de valoração de sua eficácia ou ineficácia, especialmente relacionada ao tipo de responsabilização de que aqui tratamos. A sanção pura e simples tem se mostrado inepta para resolução de problemas mesmo dentro do processo administrativo sancionador onde ganham destaque os acordos substitutivos de sanção enquanto espaços de mediação, embora estes, sem a devida transparência e regulamentação, possam também apresentar seus problemas particulares relativos à conformação de interesses de facções políticas.

As evidências apresentam o avanço das tragédias ambientais e a importância que as empresas apresentam como protagonistas de cenários de terra arrasada ou mesmo de cenários em que se escondem danos intensos realizados com o escopo da atuação empresarial. Se, diante disso, é necessária a aplicação de sanções aos abusos perpetrados por sociedades anônimas e outros entes societários, também é imperiosa a indagação sobre a necessidade de que mencionadas sanções sejam de natureza penal e de que o direito penal continue servindo como ferramenta de engenharia social.

Para responder esse questionamento, é imprescindível apurar a percepção das sérias dificuldades que atravessam o direito penal acerca da legitimidade, inadequação, despolitização, individualização e descontextualização de problemas cuja origem é eminentemente social. A insistência em invocá-lo prejudica o funcionamento e o refinamento do tratamento das causas dessa criminalidade ambiental e, especialmente, corporativa.

A possibilidade de sempre se recorrer ao direito penal barra o desenvolvimento a contento de estratégias que reflitam sobre a efetividade de medidas de prevenção, por exemplo. A utilização do direito penal como ferramenta comunicativa do efeito estigmatizador a que está imbuído faz com que a pena e o processo se convertam em espetáculo, subsidiam seu *status* simbólico e sua função requer algo mais que sedimentar as normas criminalizadoras.

## REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Lei Nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2020.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 961, p. 1-18, nov. 2015.
- BUDÓ, Marília de Nardin; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A tutela penal do meio ambiente: discussões criminológicas e dogmáticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim** 163, São Paulo, p.311-344, 03 out. 2019.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza de (org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira**. São Paulo: Liberars, 2015. p. 117-124.
- CAVERO, Percy García. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de La Justicia**, [s.l.], n. 16, p.55-74, nov. 2012. Universidad de Chile. <http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2012.29493>. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewPDFInterstitial/29493/31277>. Acesso em: 23 jun. 2020. p. 62.
- COLLAZO, Iván Ermand. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento penal cubano. **Legalidad, Derecho y Sociedad**: Publicación oficial de la fiscalía general de la República de Cuba, La Habana, v. 2, p. 86-91, maio 2018. Quadrimestral. Disponível em: [https://www.fgr.gob.cu/sites/default/files/20190508/Publicaciones/revista\\_imprensa\\_revisada\\_1.pdf](https://www.fgr.gob.cu/sites/default/files/20190508/Publicaciones/revista_imprensa_revisada_1.pdf). Acesso em: 17 out. 2020.
- CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. 255 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Penal, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

CUBA. Ley nº 62, de 29 de dezembro de 1987. **Código Penal**. Ciudad de La Habana, Disponível em: <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/codigo-penal-2/>. Acesso em: 05 out. 2020.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. **Política Criminal**, [S.L.], v. 5, n. 10, p. 455-475, dez. 2010. SciELO Agencia Nacional de Investigacion y Desarrollo (ANID). <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-33992010000200005>.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 24, p. 485-523, nov. 2001. ISSN 2386-4702. p. 511. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-presupuestos-de-un-modelo-racional-de-legislacion-penal>>. Data de acesso: 01 nov. 2020  
doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.18>.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal**. Madrid, 24 nov. 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 21 ago. 2020

ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, Por La Que Se Modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal**. Sevilla, 31 mar. 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3439>. Acesso em: 23 ago. 2020.

ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: O exame da práxis judicial brasileira realizado a partir de acórdãos recentes do STJ. **JOTA**, 10 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/levando-a-serio-os-pessupostos-da-responsabilidade-penal-de-pessoas-juridicas-10022020>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A Deslegalização do Direito Penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Editora & Livraria Jurídica, 2020.

FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. A responsabilidade penal da pessoa jurídica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas**, [s. l.], v. 2, ed. 1, p. 55-83, Jan-Jun 2016.

FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. **Corporations, Crime and Accountability**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

FRANCE. **Code Pénal**. Paris, 01 fev. 1994. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>. Acesso em: 29 ago. 2020.

GARCÍA CAVERO, P. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Derecho Penal y Criminología**, v. 26, n. 78, p. 137-144, 11.

GERMANY. **Act On Regulatory Offences**. Bonn, 25 mai. 1968. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_owig/englisch\\_owig.html#p0774](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/englisch_owig.html#p0774). Acesso em: 27 set. 2020.

HEINE, G., **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Untenehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen**, *Österreichische Juristeh-Zeitung* 6, 1996.

HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. Trad. Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozzo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada**. Valência: Tirant lo blanch, 2001.

HIRSCH, Hans Joachim. La cuestion de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, n. 3, p. 1099-1124, 1993. Disponível em: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1993-30109901124](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1993-30109901124). Acesso em: 02 nov. 2020.

ITALIA. Decreto Legislativo nº 231, de 08 de junho de 2001. **Decreto Legislativo 8 Giugno 2001, N. 231**. Roma, Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

ITALIA. Constituição (1947). **La Costituzione**. Roma, 27 dez. 1947. Disponível em: <http://www.senato.it/1024>. Acesso em: 16 set. 2020.

LAMPE, Ernst-Joachim. **La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo**. Trad. Carlos Gómez-Jara Díez; Guillermo Orce e Miguel Polaino Orts. Lima: Grijley, 2003.

LAMPE, E.-J., "Systemunrecht und Unrechtsysteme", *ZStW* 106, 1994.

LINKLATERS. **Corporate criminal liability: a review of law and practice across the globe**. A review of law and practice across the globe. 2016. Disponível em: [https://knowledgeportal.linklaters.com/llpublisher/knowledge\\_1/corporate-criminal-liability-a-review-of-law-and-practice-across-the-globe\\_1](https://knowledgeportal.linklaters.com/llpublisher/knowledge_1/corporate-criminal-liability-a-review-of-law-and-practice-across-the-globe_1). Acesso em: 07 set. 2020. p. 72.

LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29-45. p. 32.

MRABURE, Kingsley O.; ABHULIMHEN-IYOHA, Alfred. A Comparative Analysis of Corporate Criminal Liability in Nigeria and Other Jurisdictions. **Beijing Law Review**, [S.L.], v. 11, n. 02, p. 429-443, 2020. Scientific Research Publishing, Inc. <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2020.112027>. p. 439.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro.: uma contribuição para o

debate público brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, [s.l.], v. 11, n. 94, p. 01-74, 22 fev. 2010. Biblioteca da Presidência da República. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2009v11e94-195>.

MARTÍN, Adán Nieto; ZAPATERO, Luis Arroyo (org.). **El derecho penal económico en la era *compliance***. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

MARTÍN, Luis Gracia. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91-128.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 331-352. p. 341.

NIETO MARTÍN, Adan. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008.

PASAMAR, Miguel Ángel Boldova. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 33, p. 219-263, nov. 2013. p. 231.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral de direito civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIETH, Mark; IVORY, Radha (ed.). **Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk**. Dordrecht: Springer, 2011.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 129-162.

REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2000.

SAGGESE, Silvina Bacigalupo. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal**. 1997. 505 f. Tese (Doutorado) - Curso de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In: PRADO, Luis Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 276-292.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. Curitiba: Icp, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TEIXEIRA, Adriano; GÓES, Guilherme; ENSEL, Linus. **O projeto de lei de sanções corporativas da Alemanha**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-projeto-de-lei-de-sancoes-corporativas-da-alemanha-06012020>. Acesso em: 19 nov. 2020.

TIEDEMANN, Klaus. Corporate Criminal Liability as a Third Track. In: BRODOWSKI, Dominik; LAPARRA, Manuel Espinoza de Los Monteros de; VOGEL, Joachim; TIEDEMANN, Klaus. **Regulating Corporate Criminal Liability**. Switzerland: Springer, 2014. p. 11-18.

VAN WEEZEL, Alex. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Política Criminal**, Talca, v. 5, n. 9, p. 114-142, jul. 2010. Semestral.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal: Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981. Vol. III.

ZHOU, Zhenjie; XU, Ying. Risk Society and Corporate Criminal Liability. **早稻田大学高等研究所紀要**, Waseda, v. 11, p. 17-29, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/286963695.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020. p. 19.